

Constitución y Democracia

ACTIVISMO JUDICIAL Y DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN:

UNA DISCUSIÓN EN CLAVE NEOCONSTITUCIONAL

Leonardo García Jaramillo



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

**ACTIVISMO JUDICIAL Y DOGMÁTICA
DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN:
UNA DISCUSIÓN EN CLAVE
NEOCONSTITUCIONAL**



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

**ACTIVISMO JUDICIAL Y DOGMÁTICA
DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN:
UNA DISCUSIÓN EN CLAVE
NEOCONSTITUCIONAL**

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Instituto de Estudios Constitucionales
2016

Dirección: Rogelio Flores Pantoja.
Edición: Alfredo Pérez Guarneros

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Primera edición: junio de 2016

Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción
Leonardo García Jaramillo

Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro
76000, Querétaro, Qro.

Derechos reservados conforme a la ley.

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
©Leonardo García Jaramillo

ISBN 968-6836

Impreso y hecho en México — *Printed in Mexico*

A

*Mariela Morales Antoniazzi,
amor a primera vista*

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ANAI	Agencia Nacional de Infraestructura
ANLA	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
cap.	capítulo
CEPYC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<i>cit.</i>	citada(o)
coord.	coordinador
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
ed.	editor
EPS	Entidad Prestadora de Salud
FCE	Fondo de Cultura Económica
ICETEX	Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior
IJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
INCBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
INCODER	Instituto Colombiano de Desarrollo Rural
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
INVIMA	Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos
ISS	Instituto de Seguros Sociales
IVA	Impuesto al Valor Agregado
<i>n</i>	nota
núm.(s)	número(s)
OIT	Organización Internacional de Trabajo
p. pp.	página(s)
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pm	pasado meridiano
PM	Premisa mayor
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SELA	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe
t.	tomo
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
<i>vs.</i>	<i>versus</i>

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo se presentó como requisito de grado en el Master avanzado en el *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* de la Università degli Studi di Genova, Italia. Agradezco muy especialmente a mis directores Pierluigi Chiassoni y Sussana Pozzolo por sus observaciones metodológicas, críticas teóricas y recomendaciones bibliográficas.

A los profesores Riccardo Guastini, Juan Ruiz Manero, Michelangelo Bovero, Michel Troper, Carlos Bernal Pulido, José Luis Martí, Rafael Escudero y Andrea Greppi, así como a Paolo Comanducci, agradezco el tiempo dedicado a resolver dudas e inquietudes.

Agradezco también a mi amigo Andrej Kristan por su colaboración, su amistad y su gentil hospitalidad en Imperia.

A mi amigo y colega Rogelio Flores, agradezco finalmente la oportunidad de presentar este trabajo, el núm. 1, en la colección “Constitución y Democracia” del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

INTRODUCCIÓN

1. ELEMENTOS DE LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Latinoamérica ha asistido, con particularidades según los contextos, a un dinámico proceso de renovación institucional que es en gran medida heredero de las transformaciones acontecidas en Europa durante la segunda posguerra.¹ Esta renovación doctrinaria, por desarrollos propios y por traducciones, ha procurado no sólo abordar las teorías analíticamente con rigor y propiedad, sino también dotarlas de rendimientos prácticos en la

¹ Los cambios institucionales europeos estuvieron en todos los casos enmarcados por la innovación de los textos constitucionales en lo orgánico y lo dogmático. Dentro de las características transversales a estos cambios se destacan, respecto de lo primero, la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, procuradurías o defensorías públicas y juntas monetarias, la renovación o ajuste del procedimiento para la expedición de las leyes, la definición de la organización territorial y la relación entre el gobierno federal y el estatal. Respecto de lo segundo, la ampliación del catálogo de derechos, entre ellos los sociales y dotando de mayor precisión a los derechos de libertad, la inclusión de principios de naturaleza moral —libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana—, la consagración de los estados, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo. “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (art. 1), Alemania es un Estado federal, democrático y social (art. 20, 1), “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (art. 1, 1) y “La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático...” (art. 2). Otros dos aspectos que permiten hacer referencia a un cambio trascendental respecto de lo que había sido el constitucionalismo europeo, son la extensión, pues se trata de textos con un contenido significativamente mayor, y la rigidez, pues su vocación de permanencia en el tiempo se observa en el proceso que los propios textos establecen para su reforma.

solución de diversos problemas jurídicos que se presentan al aplicar textos constitucionales sustantivos en contextos marcados por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representación real ante las instancias de decisión política. La versión del neoconstitucionalismo, que se defiende en este trabajo, no es aquella objeto de críticas por la imposibilidad de fundarse como una teoría, sino precisamente la que permite referir a un canon de autores, doctrinas y teorías que circulan con cada vez mayor intensidad entre los ambientes intelectuales latinoamericanos y también entre ambientes institucionales donde elementos de este canon han pasado a ejercer, como nunca, influencia fructífera en procesos de creación y desarrollo del derecho, así como de judicialización de la política.

Este proceso ha estado enmarcado por un periodo de transformaciones que comprende la expedición de las Constituciones de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Bolivia en 2009, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Ecuador en 2008. El impacto del nuevo paradigma constitucional permeó asimismo en otros contextos que, si bien no cambiaron de Constitución, sufrieron reformas estructurales importantes. Dentro de los procesos de reforma se destaca el argentino, el costarricense y el mexicano.

El constitucionalismo latinoamericano tuvo un nacimiento tardío, pero un desarrollo precoz: tardío porque transcurrieron décadas desde el origen de los cambios en Europa y Estados Unidos hasta su trasplante e implementación local; precoz, toda vez que los avances son apreciables en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales durante las tres últimas décadas, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos. Dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las Constituciones en América Latina, se destaca la ampliación de los catálogos de derechos no sólo sociales, sino también derechos al ambiente sano y a las nuevas tecnologías. Se receptó la fórmula, de forma casi invariable respecto del contexto europeo, del estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona y cuya soberanía radica en el pueblo.² Se con-

² Colombia es un Estado social de derecho (art. 1), Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional

sagró en general la forma central del Estado, pero con una administración descentralizada.

El confesionalismo católico se superó y, si bien de distintas formas se invoca el nombre de Dios en los preámbulos de las nuevas Constituciones, se consagró la libertad de cultos. Los estados latinoamericanos son entonces, no teístas ni ateos, sino laicos. El proceso paulatino de secularización no ha implicado una total ausencia del fenómeno religioso. Los mismos catálogos de derechos que consagran, junto con la igualdad y el pluralismo, las libertades de cultos, conciencia y expresión, conforme a las cuales toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Las referencias y alusiones a Dios constituyen una variante cultural del estado constitucional. Se reconocen las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, como expresa la Constitución ecuatoriana. El fundamento de esta forma de Estado no sólo es la igualdad de todos los ciudadanos y la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, sino también la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías. No obstante, hay variaciones de grado, pues unas Constituciones conservan rasgos confesionales³ y otras reconocen la separación entre la Iglesia y el Estado.⁴

y laico (art. 1) y Bolivia que se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (art. 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, o a alguna de sus variaciones, el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados, según la cual, la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

³ “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (Argentina); “la religión católica es la del Estado” y se restringe la libertad de cultos a que no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres (Costa Rica); y “la religión católica es la de la mayoría de los panameños” y se limita la libertad de cultos al respeto a la moral cristiana y al orden público” (Panamá). La Constitución peruana señala que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

⁴ Tal es el caso de las constituciones colombiana, boliviana, brasilera, ecuatoriana, nicaragüense, paraguaya y venezolana. Hasta la reforma constitucional de 1992 en Paraguay no se les confería plena ciudadanía a quienes no profesaran la religión oficial del Estado e incluso

La disociación que se viven en América Latina entre el plano normativo —el garantismo, la inclusión y el igualitarismo de las provisiones constitucionales— y el plano fáctico —la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, la mayoría de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza extrema en un alto grado—, explica otra característica transversal de los procesos de reforma constitucional, lo cual es el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional⁵ o utópico.⁶ Las nuevas Constituciones no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también consagran un tipo de sociedad a la que se aspira. Reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual, además de *descriptivas*, son *prescriptivas* con alto contenido normativo. Incluyen numerosas cláusulas de realización progresiva representadas por los principios, valores y derechos. Es utópico en la medida en que no describe lo que hay, el *topos*, sino lo que aún no está, pero queremos que esté en un futuro. La Constitución organiza la estructura del poder público, establece las principales funciones y competencias de las instituciones públicas, pero adicionalmente consagra un proyecto de país.

Se amplió la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes Legislativo y Ejecutivo. La facultad creadora de derecho de manos de los jueces, vino aparejada con la incorporación de elementos del derecho anglosajón, sobre todo el respeto al principio de igualdad y a la seguridad jurídica respecto de casos similares fallados con antelación, así como el principio del *stare decisis*. En la actualidad ha ganado terreno la idea de la fuerza vinculante

se les inhabilitaba para ejercer ciertos cargos públicos. En 2012 se aprobó una reforma a este respecto en la Constitución mexicana, cuyo artículo 40 quedó así: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley fundamental".

⁵ García Villegas, Mauricio, "El derecho como esperanza, constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en García Villegas, Mauricio; Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

⁶ Gaviria, Carlos, "Construcción de un orden social, económico y político para la paz", en AA.VV., *Diálogo constitucional para la paz*, Bogotá, Corte Constitucional-Legis, 2014.

del precedente judicial y su estatus como fuente de derecho. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en protección de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷

Por influencia del racionalismo francés y el movimiento codificador, así como de su escuela de interpretación jurídica —escuela de la Exegesis—, en la región se defendió tradicionalmente el carácter meramente auxiliar de la jurisprudencia dentro del conjunto de las fuentes del derecho. Se concebía al legislador racional y al derecho como un sistema que no había necesidad de interpretar, porque era claro, y que no presentaba vacíos ni antinomias, porque era completo y coherente. El trasfondo de esta concepción tenía un profundo contenido político, ya que los revolucionarios franceses temían que los jueces del nuevo régimen, que eran los mismos del antiguo régimen, crearan derecho imponiendo así su voluntad sobre la voluntad general representada en la ley positiva. Por esto se les decía que eran la boca que pronuncia las palabras de la ley. En el sistema de derecho continental la ley fue concebida como la única fuente de derecho.

La concepción que se sostiene ahora acerca de la fuerza normativa de los precedentes, estuvo precedida por la “doctrina probable” que surgió en España, en virtud de la cual se le atribuía un carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia, dentro de su naturaleza como criterio auxiliar y en casos de duda o vacío interpretativo, pero sólo ante tres pronunciamientos uniformes de la Corte Suprema. En la actualidad se reafirma la naturaleza política del Tribunal Constitucional y el estatus de la jurisprudencia como fuente del derecho, toda vez que el texto político por excelencia: la Constitución política, contiene una serie de derechos y principios que la hacen un documento jurídico relevante en cualquier situación por cuenta, tanto de su propio carácter normativo, como de la fuerza vinculante de los derechos.

⁷ Quinche Ramírez, Manuel, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014; cfr. con mi reseña, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-III, vol. 47, núm. 141, sep-dic, México, 2014.

De otra parte, se reconoce como un significativo logro la incorporación de mayores espacios de participación ciudadana. Con diferencias contextuales, se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se procuró fortalecer los órganos de control. Se reorganizaron los parlamentos, se crearon instituciones como tribunales constitucionales, defensorías públicas y juntas monetarias, y se realizaron cambios al proceso legislativo para la expedición de leyes y la aprobación de reformas constitucionales. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la Constitución, no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se pretendió dotar de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del “hiperpresidencialismo” (Nino). Se observa una preocupación constitucional por fortalecer el Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, receptando así la idea de los frenos y contrapesos que si bien se encontraba ya reconocida constitucionalmente, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, sobre todo, se trata de un constitucionalismo de la diversidad. El principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad, tanto por su consagración como por la posibilidad brindada por las propias Constituciones de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección.

La mayor extensión, pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas —en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario—, constituyen dos aspectos afines al contexto europeo que permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano, o aquello que tempranamente se ha denominado “neo-

constitucionalismo". La rigidez de la Constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de expansión de la normativa material de la Constitución. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.⁸

El neoconstitucionalismo⁹ sintetiza el esquema ideológico y doctrinario dentro del cual se han desarrollado los avances del constitucionalismo en los últimos 20 años en América Latina. Enmarca los procesos de internacionalización del derecho constitucional que se han venido desarrollando desde que varios países empezaron a cambiar sus Constituciones o a incluirles reformas,¹⁰ lo cual condujo a un cambio en los sistemas jurídicos con gra-

⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3ª ed., México, UNAM-III-Fontamara, 2007, pp. 153 y ss. Ferrajoli, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales", en Ferrajoli, Luigi; Moreso, José Juan, y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91-92.

⁹ Sus perfiles están bien reconstruidos en las siguientes obras: Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 21-II, 1998; *Neococonstitucionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001. Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra Editores, 2011. Sastre, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999. Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos", en *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013. Bonilla, Daniel e Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005. Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009. Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM-III, 2007; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2ª ed., Madrid, Trotta-UNAM-III, 2011. Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009. García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009. La cuarta parte de *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* de Fabra, Jorge y García J., Leonardo (eds.), México, UNAM, 2015, se dedica a debatir el neoconstitucionalismo, con contribuciones de Barberis, García Jaramillo, Ferrajoli, Salazar Ugarte y Fabra.

¹⁰ Colombia 1991, promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente. Venezuela 1999, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abr 25) a favor de una nueva

duales, pero significativas, repercusiones políticas y culturales. Sobre pocos conceptos de la teoría constitucional contemporánea como neoconstitucionalismo se discute tanto hoy en países como México, Costa Rica, Colombia, Brasil, Ecuador y Perú, además de España e Italia.¹¹ Se han publicado numerosos trabajos expresamente sobre el concepto o sobre algunos de sus elementos medulares. Encarna la concepción jurídica emergente de mayor éxito en la actualidad en la región.¹² En palabras de uno de sus críticos más conspicuos, se trata de una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al derecho constitucional contemporáneo en el ámbito italo-iberoamericano.¹³ Otro influyente crítico señaló que, si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”.¹⁴ El éxito en el recurso al concepto alude a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar.

El concepto y los presupuestos que sustenta han ejercido particular influjo en los procesos de creación, consolidación y desarrollo de los mandatos constitucionales. El caso colombiano fue pionero en los procesos de transformación del constitucionalismo latinoamericano y actualmente su

Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (dic 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (jul 25) y sometido el texto definitivo a referendo (sep 28). Bolivia 2009, promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo. Respecto de las reformas, vale la pena mencionar la que en 1994 se introdujo en Argentina sobre, entre otros aspectos, la ampliación de los efectos de los derechos fundamentales.

¹¹ Información a partir de la procedencia de las casi 245 000 referencias del concepto en Google y de las casi 7 000 en Google Scholar.

¹² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad...* cit.; Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³ Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente, algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, versión manuscrita facilitada por el autor. Véase también de su autoría, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006; “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (o un ornitorrinco jurídico)”, en *Política y derecho, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.

¹⁴ Juan Antonio García Amado, “Prólogo” a Jorge Zavala, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

Tribunal Constitucional se considera, por parte significativa de la doctrina y el Poder Judicial en la región, una de las más proactivas y la que más ha judicializado diversos problemas políticos. Se reconoce como particularmente alineada con causas progresistas, controladora en grado importante del (hiper)presidencialismo y comprometida con las principales tesis neo-constitucionales a nivel de la protección de la Constitución, la garantía a los derechos y el respaldo al carácter vinculante de la jurisprudencia.

Las decisiones que ha tomado la han situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región,¹⁵ debido no sólo al número de sentencias que profiere cada año,¹⁶ sino sobre todo a la multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y al contenido de sus sentencias, fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad.¹⁷ Se ha argumentado que es el tribunal judicial más poderoso del mundo y que supone el punto de inflexión que marca en Latinoamérica el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas. Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en Colombia serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia.¹⁸

¹⁵ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

¹⁶ Por ejemplo, en 2015 se expidieron 143 sentencias de Constitucionalidad, 660 de Tutela y 33 de Unificación, e igualmente se revisaron 614 519 expedientes de tutela estudiados por las Salas de Selección.

¹⁷ Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Por ejemplo, aunque la acción de tutela se diseñó para que tuviera en principio sólo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada —efectos *inter partes*—, la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos —efectos *inter comunis*—. También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.

¹⁸ Landau, David, *Beyond Judicial Independence, The Construction of Judicial Power in Colombia*, Ph.D. Dissertation, Harvard University-Department of Government, Cambridge, 2004 (versión manuscrita facilitada por el autor); *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*,

2. COLOMBIA COMO RECEPTOR EMBLEMÁTICO DE DOCTRINAS JURÍDICAS TRANSNACIONALES

Colombia es uno de los países de la región donde mayores efectos, a nivel judicial, pedagógico y doctrinario, ha tenido la internacionalización del derecho constitucional.¹⁹ Desde la expedición de la Constitución de 1991 ha habido un marcado influjo de planteamientos jurídico-políticos transnacionales, debido a la necesidad de responder al desafío de implementar la normativa constitucional, en el contexto del pluralismo, la libertad y la dignidad como principios nodales del ordenamiento. Se ha asistido a una prolija recepción de autores, doctrinas e iusteorías transnacionales. La academia y la judicatura en general están familiarizadas con conceptos como interpretación sistemática, naturaleza normativa y garantía jurisdiccional de la Constitución, así como con contenido esencial, fuerza vinculante y efecto de irradiación de los derechos fundamentales.

En el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales, los procesos de reforma constitucional requirieron de renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los procesos de implementación de las provisiones constitucionales. De manera paulatina se evidenció un cambio en la dogmática jurídica, es decir, en los textos constitucionales, en los códigos y demás leyes —no sólo en el momento de su interpretación judicial mediada por el proceso de constitucionalización del derecho, sino desde la misma proclamación legislativa—, y también en las teorías del derecho que respaldan la comprensión de cada campo normativo, lo cual ha vinculado de manera inédita en la historia a la academia con la judicatura.

La Constitución política de 1991 institucionalizó el estado social de derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la procla-

la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado, 2015. Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, ene-jun, 2011.

¹⁹ Sieckmann, Jan; Clérico, Laura y Capaldo, Griselda (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012.

mación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tít. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4). En particular la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (art. 2), ha tornado cardinal los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, porque la razón de ser del Estado aparato —*i.e.*, la parte orgánica de la Constitución— no es otra que la garantía de los derechos —*i.e.*, su parte dogmática—. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados.²⁰ Las *normas dogmáticas* le determinan a las *normas orgánicas* tanto lo que deben hacer, como lo que les está permitido hacer.

Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano desde la génesis misma de la jurisdicción constitucional en 1992. Por esto la pregunta ¿dónde están consignados y explicados los derechos fundamentales?, no se puede responder haciendo referencia exclusiva al título respectivo de la Constitución, sino que deben referirse los volúmenes de jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Constitucional durante dos décadas. La Constitución ha visto ampliado el rango de cuestiones sobre las que tradicionalmente se ocupaba, pues la Corte ha extendido la densidad normativa material que originalmente estructuró la Asamblea Constituyente.

El neoconstitucionalismo colombiano es vanguardista de las tendencias que han acometido varios países de la región con el cambio o la reformulación de sus Constituciones. Como una especie de rareza en el contexto iberoamericano e incluso global, la jurisdicción constitucional co-

²⁰ Estrada, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000. Cifuentes, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM-III, 2008.

lombiana es considerada particularmente activista. Sobre todo se le objeta porque presuntamente se entromete en las funciones y competencias de las otras ramas del poder público. El activismo de las actuaciones judiciales y la judicialización de cuestiones tradicionalmente decididas en la esfera política o legislativa, han desembocado en un inédito protagonismo judicial.

Debido a tres fenómenos interconectados de progresiva implementación en Colombia, se puede observar una clara materialización del activismo judicial. Los fenómenos son:

1. la constitucionalización del ordenamiento jurídico;
2. el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, y
3. la judicialización de la política.

Han alcanzado una centralidad en la creación y desarrollo del derecho, pero sobre todo en la conciencia jurídica local: desde el ciudadano que recurre a la tutela para proteger un derecho, el operador, litigante o juez que consulta la jurisprudencia en su actividad ordinaria, hasta el gobierno cuyas declaratorias de estado de conmoción interior deben contar con la aprobación judicial toda vez que deben ajustarse a la Constitución. La judicialización de la política y la forma como la Corte ha desarrollado la densidad normativa de la Constitución, han generado en algún grado un desplazamiento de la legitimidad democrática del sistema político hacia el sistema judicial. El votante medio, como se sabe por encuestas, se siente más identificado con la Corte Constitucional y muchos de los asuntos que aborda, y las posiciones con las que los sustenta, que con el Congreso.

Estos cuatro fenómenos —constitucionalización, densidad normativa, judicialización y desplazamiento de legitimidad democrática—, con sus problemas, se juzgan en general positivamente y han convertido a Colombia en un objetivo interesante en términos de derecho comparado y de las posibilidades reales de alcanzar grados de progreso social e inclusión mediante la acción judicial.

El activismo del Tribunal Constitucional, más celebrada y acremente criticada, en el mundo: la Corte Constitucional Colombiana, ha consistido sobre todo en la construcción de herramientas doctrinarias para sustentar y justificar su intervención en un amplio rango de temas. Ha usado las deci-

siones judiciales para cultivar el apoyo de académicos, de la sociedad civil y de la clase media. Conforme a Landau, el respaldo de estos grupos, en vez de la fragmentación política, ha sido el factor determinante en la configuración del rol institucional de la Corte y, así, en la protección que en distintos momentos ha recibido para evitar los intentos de contener y refrenar el trabajo de la Corte.²¹

Ha acontecido un creciente protagonismo de las altas cortes en temas políticos, ya que muchos asuntos que tradicionalmente eran decididos en la esfera política se resuelvan ahora en sede judicial. Los tribunales constitucionales edifican márgenes de configuración legislativa desde la protección de los derechos fundamentales y crean controles de distintas intensidades para el ejercicio de la función pública. Cuando los derechos y principios irradian íntegramente la estructura del poder público debido al deber de interpretar toda la normativa conforme a la Constitución, se limita la soberanía del legislador y de los parlamentos y se obliga a todas las instituciones a seguir los dictados constitucionales.²² La judicialización de la política ha sido débil en países como México, Ecuador y Chile, respecto de cómo ha sido en Colombia.²³ Además de la intensidad difieren los procesos de judicialización en la forma, pues en Colombia ha sido sobre todo trabajo de la Corte Constitucional en general, y de la Corte Suprema de Justicia en los casos de investigación y juzgamiento de congresistas o de examen a la legalidad de solicitudes de extradiciones, mientras que en Brasil ha sido el Poder Judicial en general.²⁴

La judicialización de la política en Colombia ha acontecido fundamentalmente en dos sentidos: aumento de facultades para sancionar transgresiones al ordenamiento jurídico —lucha contra la corrupción política, con-

²¹ Landau, David, *Beyond Judicial Independence...*, cit.

²² Robinson, James, autor del libro *Por qué fracasan las naciones*, se pregunta “¿Qué otro país de América Latina habría sacado a Uribe del poder?”. Entrevista para la revista *Semana*, 8 oct 2013.

²³ Cepeda, Manuel José, “La judicialización de la política en Colombia, lo viejo y lo nuevo”, en Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angell, Alan (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

²⁴ *Idem*. La judicialización de la política no siempre tiene efectos positivos, pues en Venezuela, por ejemplo, se ha asociado a la politización de la justicia.

trol al hiperpresidencialismo y a los excesos gubernamentales—, y toma de decisiones en materias que, en un principio, corresponderían a los órganos democráticamente elegidos como el gobierno y el Congreso —aborto, eutanasia, matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como decisiones relacionadas con políticas públicas, por ejemplo, protección de grupos minoritarios o sujetos de especial protección—.

3. EL MARCO PARA COMPRENDER EL ACTIVISMO: LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

La teoría de Alexy ha contribuido en la transformación del constitucionalismo latinoamericano y, en particular, es una de las que mayor influjo ha ejercido en la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Se trata de la teoría que mejor explica, y en parte fundamenta, los cambios que mediante la jurisprudencia ha tenido el constitucionalismo colombiano. La recepción y difusión de la teoría de los derechos fundamentales en Colombia responde a diversos factores. De un lado la implementación de la normatividad pos-Constitución de 1991 exigió la atención hacia doctrinas de circulación transnacional para aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del Legislativo, lo cual, más que deseable, resulta necesario en una democracia constitucional porque una teoría del espacio libre del legislador permite una razonable separación de competencias entre los poderes Judicial y Legislativo, sin afectar el proceso de constitucionalización del derecho ni el principio de superioridad de la Constitución.

Otro factor que podría denominarse “coyuntural” responde al hecho de que la Corte estuvo integrada en sus primeros años por profesores conocedores de las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo que se estaban usando y enseñando en otros contextos como el estadounidense, el español y el germano.²⁵ Magistrados titulares y auxiliares, reconocidos juristas, se

²⁵ Una de las primeras sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional Español recurrió al principio de proporcionalidad es de 1995. En la sentencia núm. 66 examinó la constitucionalidad de una medida que procuraba garantizar el orden público. Evaluó la legitimidad de la medida y ponderó la importancia del objetivo propuesto con el riesgo que representaba para personas y bienes. Sostuvo que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales debe realizarse a partir de los mandatos que comportan los subprincipios del examen de proporcionalidad, es decir, si la medida legislativa bajo examen es suscep-

formaron en universidades extranjeras y usaron los cánones del neoconstitucionalismo como fuentes en sus investigaciones, por lo que en su labor de impartir justicia recurrieron a esas mismas fuentes como herramientas de interpretación y concreción de los postulados constitucionales progresistas.²⁶

Ante ambos factores la teoría de Alexy tuvo una particular resonancia. Ha contribuido en la creación y fundamentación de subreglas, y el establecimiento de sus propias condiciones de posibilidad; en la sistematización de la jurisprudencia; en la construcción del precedente judicial vinculante; en la fundamentación de los derechos como principios; en las formas de resolver las tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria mediante la dogmática de los márgenes de acción; y en la comprensión y defensa de fenómenos como la expansión de la densidad normativa de la Constitución y la constitucionalización material del ordenamiento jurídico. Ha otorgado métodos y argumentos para comprender a la Constitución como un “orden fundamental”, porque resuelve las preguntas fundamentales en una sociedad, y como un “orden marco” porque, además de establecer prohibiciones —lo constitucionalmente *imposible*— y estipular órdenes —lo constitucionalmente necesario—, deja cuestiones sin resolver, abriendo un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad —lo constitucionalmente *posible*—.

En particular, en las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa, la obra de Alexy ha sido citada en sustento de distintas posiciones.²⁷ Su influencia también se aprecia en las decisiones donde la Corte

tible de conseguir el objetivo propuesto —es decir, si es idónea—, si no hay otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —es decir, si es necesaria— y si es ponderada considerando que se derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

²⁶ Entre los titulares, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez, Eduardo Cifuentes, Eduardo Montealegre Lynett, Humberto Sierra Porto y Manuel José Cepeda, y entre los auxiliares, Rodolfo Arango, Mauricio García Villegas, César Rodríguez, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Gonzalo Ramírez Cleves, Aquiles Arrieta, Clara Helena Reales y Alexei Julio Estrada.

²⁷ En las sentencias C-022/96 —estructura del derecho a la igualdad—; C-355/06 —protección de la libertad para realizar la dignidad en la despenalización del aborto en tres casos—; T-597/07 —justificaciones interna y externa de las decisiones judiciales—; C-154/96 —derecho a la igualdad—; T-570/14 y T-139/15 —dimensión objetiva de los derechos fundamentales—; T-702/09 —carácter deóntico de ciertas expresiones—. Consejo de Estado, secc. 3ª, en 2002, 2011 2012 y 2014, sobre la inevitabilidad de las ponderaciones, las formas de solucionar

Constitucional, desde su primera jurisprudencia, empleó el *principio de proporcionalidad*. En una primera etapa casi exclusivamente en la aplicación del principio de igualdad y, luego, en el *control de medidas* de los poderes públicos que resultaban restrictivas de derechos fundamentales y en las relaciones entre particulares.²⁸

La acogida local de esta teoría ha corrido pareja al auge doctrinario y político de los derechos fundamentales en el mundo Occidental. La *última* década ha demostrado ser particularmente fructífera en la utilización del examen de proporcionalidad en la academia anglosajona, que entre otros aspectos se ha enfocado en investigaciones sobre la racionalidad del principio y su frecuencia de uso por parte de tribunales locales e internacionales.²⁹ Se ha convertido desde mediados del siglo pasado en una herramienta

colisiones entre principios, la importancia de procurar encontrar en cada caso una respuesta correcta y la pretensión de corrección del derecho; secc. 2ª, en 2011, sobre el principio de proporcionalidad.

²⁸ Entre otras, C-670/02, C-555/05, C-875/05 y C-076/06 —protección del derecho a la igualdad—; C-093/01 —juicio integrado de proporcionalidad—; C-309/97 —obligación de usar cinturón de seguridad—; C-802/02 —la proporcionalidad debe emplearse en el control de las medidas adoptadas en estados de excepción—, y en sentencias como T-422/92, C-022/96, T-015/94 y SU-642/98.

²⁹ Clérico, Laura, "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Fabra, Jorge y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2016. Para defensas teóricas y otros usos locales del principio de proporcionalidad, véase Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. Cfr. con mi reseña en *Revista Vniversitas*, núm. 120, ene-jun, 2010. Para el caso español, Sarmiento Ramírez, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007. Perelló D., Isabel, "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Peruano, Bernal Pulido, Carlos, "La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad", en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 11. Zavaleta, Roger E., "Por una ponderación más ponderada, el test de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano", en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014. Para su recepción en Colombia, Bernal Pulido, Carlos, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control constitucional de las leyes" y "El principio de proporcionalidad de la legislación penal", en *El derecho de los derechos*,

utilizada en diversas áreas del derecho para solucionar conflictos que se presentan cuando en un caso concreto que vincula derechos o fines constitucionalmente protegidos, concurren varias soluciones posibles de las que naturalmente sólo puede elegirse una por la estructura misma de los principios.

La teoría de Alexy ha demostrado ser una influyente explicación no sólo de la naturaleza, sino también de la estructura de los derechos fundamentales. Conviene precisar los principales elementos que estructuran su teoría para comprender uno de sus últimos desarrollos, como es la doctrina de los *márgenes de acción*. El fundamento mismo de la fórmula política del estado constitucional es la existencia de principios que, además de las reglas, integran el ordenamiento jurídico y en particular la Constitución. Los principios se conciben como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, son por lo tanto mandatos de optimización. En tanto normas constitucionales, los principios pueden contar con los atributos de los enunciados normativos de derecho fundamental, o como Alexy los denomina “disposiciones de derecho fundamental”. Esta particularidad es importante para entender la diferencia entre *norma directamente estatuida* y *norma adscripta*. La principal característica de los principios es su estructura de mandatos de optimización.

En la consideración de los derechos fundamentales como principios, se encuentra implícita la prevalencia de la teoría externa de los derechos fundamentales.³⁰ La teoría de los principios plasma la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, el cual

Bogotá, Universidad Externado, 2005. Cepeda, Manuel José, “La Constitución y el juez. Nuevos enfoques interpretativos”, en *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Montealegre Lynett, Eduardo, “Principio de proporcionalidad y políticas económicas”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, cit. Para una perspectiva comparada entre Colombia y Chile, Lopera Mesa, Gloria, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, cit.

³⁰ Amado García, critica esta posición y oponiendo una teoría interna, véase su “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit.

asiste al tribunal constitucional en su tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del Legislativo.³¹ Una teoría del espacio libre del legislador se estructura desde la teoría de la argumentación, una teoría de los principios a partir de la cual se edifica la ponderación y se defiende su racionalidad;³² y desde la teoría de los derechos fundamentales, una teoría de los principios que articula los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad.³³

Cómo conseguir una adecuada expansión de los contenidos materiales de la Constitución por vía judicial sin que ello implique un desmedro de la legitimidad, sobre todo, del Tribunal Constitucional, ni una afectación de la autoridad del derecho ante la comunidad. La dogmática de los márgenes de acción contribuye a solucionar en la práctica los problemas que se presentan al momento de conciliar el activismo judicial, en pro de la realización del modelo ideológico del estado social y democrático de derecho, con el principio mayoritario.

El contexto colombiano representa un interesante caso de estudio, toda vez que acontecen los principales presupuestos para examinar los desafíos y las posibilidades de la implementación de elementos neoconstitucionales en el marco de una sociedad desigual y con altos índices de carencias en la realización de derechos. De un lado se cuenta con una Constitución garantizada por un tribunal especializado que, a su vez, la concibe con naturaleza plenamente normativa; los derechos tienen *fuerza vinculante y eficacia* frente a particulares. De otro lado, la desidia parlamentaria, a pesar de los claros mandatos constitucionales a favor de la garantía de derechos, ha activado formas vigorizadas de activismo judicial. La constitución debe realizarse pero dicho activismo no puede estar fuera de control. De ahí la relevancia de examinar elementos de la dogmática de los márgenes de acción en un

³¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007, cap. 5.

³² Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, cap. 1.

³³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1989; del mismo autor, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997; *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007; *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, cap. 2; *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

contexto donde se dan los presupuestos facticos y normativos para realizar una investigación con hallazgos fructíferos.

La Corte no ha desarrollado su labor sólo como legislador negativo, controlando pasivamente la conformidad constitucional de las leyes, sino también impartiendo órdenes concretas y exhortos para garantizar la realización de derechos, principios y libertades. Hay que tener en cuenta la confluencia de los siguientes factores que explican la consolidación de la filosofía de la adjudicación, conocida como activismo judicial, en Colombia. Asimismo la confluencia de estos factores ha derivado en una mayor judicialización de la política, ya que mientras se presenten mayores problemas de representación mayor será el riesgo de sustituir la política por la acción judicial.³⁴

Situaciones fácticas y jurídicas sustentan la necesidad reconstruir y evaluar los casos donde se ha incorporado ya la dogmática de los márgenes de acción, así como de analizar las posibilidades de esta teoría para solucionar los conflictos institucionales por el desarrollo jurisdiccional de la Constitución frente a las competencias del parlamento.

1. Contexto de pobreza y desigualdad social. Colombia es uno de los países con mayores índices de pobreza en el continente. En 2014 la pobreza monetaria (ingresos que no alcanzan para la canasta básica) se registró en 28.5%. La desigualdad es de 0.538 evaluada con el coeficiente de Gini (0 absoluta igualdad y 1 inequidad absoluta).³⁵

³⁴ Sobre este fenómeno, en el contexto anglosajón, véase, Hirschl, Ran, *The Judicialization of Politics*, ed. por Robert E. Goodin, The Oxford Handbook of Political Science, 2011. En otros contextos, Uprimny, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgos", en *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, núm. 6, año 4, 2007. Farrera Bravo, Gonzalo, "La judicialización de la política. El caso de México en perspectiva comparada", en *Revista IUS*, vol. 6, núm. 30, jul-dic, 2012.

³⁵ Colombia tiene la tercera peor desigualdad entre 129 países de la Organización de las Naciones Unidas. Solo supera a Haití y Angola en desigualdad. Véase, *www.portafolio.co/economia/colombia-solamente-supera-haiti-y-angola-desigualdad*. América Latina viene presentando el índice de Gini más alto en el mundo. En los años noventa, África subsahariana presentaba un índice de Gini de 4.7, mientras que el de América Latina era de 49.3. La desigualdad en los países de la región aumenta en la medida en que el crecimiento económico registra mejores indicadores. En 2004 el Banco Mundial expresó que "América Latina sufre de una enorme desigualdad... Se trata además de un fenómeno invasor que caracteriza a cada aspecto de la vida

2. Desidia de los órganos representativos para acometer reformas sociales urgentes. Deficiencia de políticas públicas y violación de libertades fundamentales. Desencanto frente a la política.
3. Creación en 1991 de una nueva Constitución garantista, con naturaleza normativa, amplio catálogo de derechos y principios, en cuya implementación se ha recibido la influencia dogmática, teórica y doctrinaria del constitucionalismo del norte global. Se destaca la idea de la garantía jurisdiccional de la Constitución y la creación de tribunales encargados de garantizar su supremacía e integridad.
4. Tribunal constitucional intensamente requerido por toma de decisiones que propendan por la protección de libertades y el goce efectivo de derechos. Activismo reflejado en la creatividad al resolver casos que involucran violaciones masivas y reiteradas de derechos fundamentales hacia una población plural de personas y por cuya ausencia de políticas públicas no se vislumbra una posible solución a corto plazo.³⁶
5. Surgen tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, pero sobre todo en entre el Tribunal Constitucional y los poderes Legislativo y Ejecutivo, lo cual hace necesaria una dogmática de márgenes de ac-

como el acceso a la educación, la salud y los servicios públicos; el acceso a la tierra y a otros activos; el financiamiento de los mercados de crédito y laborales formales y la participación e influencia política". El informe de 2010 del PNUD inicia afirmando que "La desigualdad es una de las principales características que definen la historia de América Latina y el Caribe. Una muy alta y persistente desigualdad que, acompañada de una baja movilidad social, han llevado a la región a caer en una "trampa de desigualdad". Quizá pertinente recordar a Carlos Fuentes, "Algo se ha agotado en A. Latina, los pretextos para justificar la pobreza".

³⁶ Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Por ejemplo, aunque la acción de tutela se diseñó para que tuviera en principio sólo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada —efectos *inter partes*—, la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos —efectos *inter comunis*—. También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.

ción para delimitar la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el desarrollo de la densidad normativa material de la constitución.

4. PLAN DE TRABAJO

Se analizarán casos representativos acerca de cómo el Tribunal Constitucional más reconocido de América Latina, ha construido una dogmática de los márgenes de acción en su labor judicial activista. Se pretende demostrar cómo el activismo judicial se ha desarrollado dogmáticamente a nivel constitucional, en lo relativo a la competencia del Legislativo en la toma de decisiones donde imparte órdenes complejas al precisar fines o señalar medios para cumplirlos, así como al solicitar rendición de cuentas por el cumplimiento de órdenes impartidas.

Debe reconstruirse previamente la teoría de los derechos fundamentales de Alexy en lo relativo a la necesidad de crear una dogmática de márgenes de acción ante casos de constitucionalización del derecho y desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, por vía de las decisiones judiciales que imparten órdenes a distintos órganos estatales o profieren exhortos con distinto grado de vinculatoriedad, según el tipo de omisión legislativa que se declare.

El neoconstitucionalismo constituye un marco apropiado para comprender, analizar y evaluar los procesos de cambio y renovación de instituciones a partir de los procesos de transformación constitucional. Como se trata de un concepto polémico, se mostrará cuáles son sus elementos medulares, qué cometidos condujeron al acuño del concepto y qué objeto identifica. Como no todo lo nuevo en términos constitucionales debe reconocerse como neoconstitucional, conviene aportar claridad analítica. Una de las principales y más recurrentes dificultades que se señalan respecto del neoconstitucionalismo, tiene que ver precisamente con la *ambigüedad* y *vaguedad* que comporta el concepto.³⁷ La falta de trabajos de revisión ha

³⁷ Para Prieto Sanchís el problema radica en que se le puede defender en sentidos distintos y, una vez que se fija, tampoco resultan muy claros los rasgos que deben concurrir para ostentar legítimamente dicho concepto. Véase Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, pp. 23 y ss.

conducido a un debate empobrecido repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, en todo caso acríticos. Interesa saber de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo y determinar entonces si tiene o no relevancia su alusión. Si es o no un concepto adecuado para comprender un fenómeno que antes no existía, o si es un inocuo modismo.

La implementación del proceso de constitucionalización del derecho y los grados de consolidación de la democracia constitucional, como elementos medulares del neoconstitucionalismo, exigen, de un lado, un tribunal activista comprometido con la realización de la propuesta axiológica de la Constitución y, de otro lado, la construcción de una dogmática de los márgenes de acción a partir de las posibilidades discrecionales establecidas por lo constitucionalmente imposible y lo constitucionalmente necesario. Este trabajo analiza el caso colombiano que es con seguridad el más relevante de la jurisprudencia iberoamericana respecto al difícil contexto donde ha surgido un activismo correlativo con la creación de márgenes de acción. La experiencia constitucional colombiana es con toda probabilidad la más rica de la región en las últimas décadas, que en medio de un momento convulso de su historia, decide renovar por completo su marco constitucional y darse a la tarea de reconstruir el país con base en el llamado nuevo derecho.³⁸

En este trabajo se avanza hacia un inexplorado, aunque particularmente influyente, aspecto de la teoría de Alexy en la jurisprudencia constitucional colombiana que, además, está en capacidad de rendir efectos hacia otros contextos donde la necesidad de contar con una constitucionalización del derecho y un desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, evidencia tensiones entre los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios, así como entre los tribunales constitucionales y los parlamentos.

³⁸ Carbonell, Miguel, "Prólogo", en García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-IIIJ, 2015.

I. EL BOOM NEOCONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

El *boom* latinoamericano es una idea que se acuñó, como se sabe, para explicar la explosión editorial que en materia literaria se vivió en América Latina, sobre todo, entre las décadas de los sesenta y setenta del siglo xx. Dentro de sus características centrales se destacan el desafío a los convencionalismos propios de la literatura latinoamericana, el notable influjo político en la narrativa cuentista y novelesca, la ambición escritural, el acuño de nuevos conceptos, el recurso a figuras literarias y la concepción de la literatura como un acto de creación.³⁹

Desde inicios de la década de los noventa aconteció en América Latina otro tipo de *boom*, el de las doctrinas sobre el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra. Comparte factores con el *boom* literario. El desafío a convencionalismos aconteció por ideas como la *discrecionalidad* en la decisión judicial y la valoración, ponderación y creación de derecho por parte del juez; la judicialización de la política; el influjo político en las narrativas jurídicas, históricamente ausentes de esta variable; el acuño y la difusión extendida de nuevos conceptos como *ponderación*, *margen de acción*, *núcleo esencial* y *recurso a figuras y metáforas* como la novela en cadena. El éxito en la difusión y el reconocimiento del neoconstitucionalismo se debe en parte, como sucedió con los autores del *boom*, al hecho de que por primera vez un significativo número de autores, empiezan a publicar sus obras en países latinoamericanos y europeos distintos a los de su origen. De este modo experiencias locales, que hasta el momento pasaban si acaso por exóticas, empiezan a contribuir a la configuración de una renovación dogmática y

³⁹ Donoso, José, *Historia personal del "boom"*, Barcelona, Anagrama, 2012 (1972).

doctrinaria del derecho desde el sur global, creando así una identidad que los textos permitieron reconstruir.

Dentro de los elementos teóricos, ideológicos y metodológicos del neo-constitucionalismo, se destacan: respecto de la Constitución: *interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico* de la Constitución como norma. Las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades. Si bien la Constitución colombiana es semirrígida o incluso flexible, según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial.

Respecto de los derechos fundamentales, se destacan: *contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación* hacia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo cual se ha constitucionalizado; la eficacia entre particulares ha sido uno de los mayores logros en el caso de los efectos normativos que consagran los derechos. Se han trasplantado técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y la aplicación de los derechos constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad en sentido lato y la ponderación. El criterio del *goce efectivo de los derechos* se ha constituido en todo un parámetro de constitucionalidad. Con el nacimiento de la democracia constitucional surgió fortalecido un tipo de constitucionalismo de tipo garantista en los países latinoamericanos, debido a la inclusión de principios de naturaleza moral y al reconocimiento de diversos derechos.

Los modestos grados de crecimiento económico que se han alcanzado y el aumento de la inversión extranjera, no han repercutido en un beneficio compartido por el gran número de ciudadanos, ya que correlativamente aumentan los indicadores tales como la confianza inversionista, traducida en mayor inversión extranjera, aumentan los niveles de pobreza, pobreza extrema y desigualdad. Esto nos permite aseverar que muchas medidas que los gobiernos han tomado en desarrollo de la Constitución, no son siquiera

utilitaristas, pues no benefician a un gran número de personas.⁴⁰ Estamos cada vez más lejos de modelos normativos de democracia como el que se deriva de planteamientos como los de Rawls, conforme al cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que redunden en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.⁴¹ En este mismo sentido podría dejarse planteada una idea: por los enormes problemas de representación política real de la gran mayoría de ciudadanos en las sociedades latinoamericanas, la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial debe ser repensada en su denominación cuando se trata de objetar el papel activista de los tribunales que deben impartir justicia en tales contextos, pues no es precisamente contra las mayorías que se decide, sino contra los pequeños grupos cuyo poderío económico se traduce en mayor representación ante las instancias de decisión política. Los parlamentos están integrados cada vez menos por mayorías.

El excepcionalismo jurisprudencial colombiano se debe en parte al empeño por reivindicar la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. El proactivismo judicial tiene, no obstante, posibilidades pero también límites, sobre todo relativos al diseño institucional respecto del proceso de formación de las políticas públicas. Debido a tales límites el constitucionalismo contemporáneo debe ser democrático, es decir, en el proceso de interpretarlo y configurarlo, el poder judicial debe ser sensible o receptivo a los otros organismos del Estado, las asociaciones civiles, los partidos políticos, las ONG, la academia... Todos tienen la responsabilidad, no sólo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir en tal proceso. De esta interacción depende, en últimas, la legitimidad del constitucionalismo.

⁴⁰ Conforme a la filosofía utilitarista, el principio moral más elevado, bien sea respecto de las personas o políticamente hablando, consiste en maximizar el bienestar general, la felicidad colectiva o el equilibrio total del placer sobre el dolor. En una frase, maximizar la utilidad, lo cual significa maximizar el equilibrio entre felicidad y sufrimiento. Sandel, Michael, *Justice. Whats the right thing to do?*, Nueva York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.

⁴¹ Primera parte del segundo principio de justicia, o principio de diferencia. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979.

Desde dos puntos de vista se pueden observar los cambios acontecidos en las formas de los estados y en el contenido y tipo del derecho constitucional. Históricamente desde el surgimiento de un modelo ideológico y fórmula política denominada estado constitucional de derecho, el cual surge en Alemania en la versión que se receptó en muchos países.⁴² A Colombia ingresó por vía del influjo que había ejercido en España, país cuya doctrina influenció determinantemente éste y otros aspectos dogmáticos y orgánicos en los procesos de renovación constitucional en América Latina. Teóricamente a partir de las críticas al positivismo que empiezan a configurar otros movimientos y escuelas que comparten la centralidad en el discurso jurídico de los derechos fundamentales, la vocación normativa de la Constitución.

La difusión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, así como de las teorías jurídicas subyacentes, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.⁴³ En particular, en Colombia desde 1991 una serie de procesos de cambio y renovación se han venido presentando en el derecho constitucional y, por vía de la constitucionalización del derecho, en todo el ordenamiento jurídico. Central en este punto es la expansión de la *densidad normativa* material de la Constitución por cuenta de la jurisprudencia y el desarrollo de una nueva interpretación constitucional determinada por los principios que reivindica la filosofía liberal, ante el surgimiento de nuevos desafíos a los cuales se debe enfrentar un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

⁴² Colombia es un Estado social de derecho (art. 1); Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2); Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (art. 1), y Bolivia que se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (art. 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente a este modelo ideológico, el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados, según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁴³ Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

1. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

El neoconstitucionalismo aporta un valioso referente para analizar críticamente la manera cómo doctrinas jurisprudenciales, teorías jurídicas y discusiones académicas que han surgido en otros países para responder muchas veces —pero no necesariamente— a sus propias necesidades sociales y urgencias jurídicas contextuales, han sido receptadas a distintos procesos locales de producción, interpretación y aplicación normativas.

Comprender de forma adecuada el neoconstitucionalismo es útil para entender las maneras cómo se conforma a nivel trasnacional un canon de doctrinas y teorías, e igualmente otorga elementos para describir la forma en la que teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales surgidas en países con contextos sociales, políticos e incluso culturales particularmente distintos entre sí, viajan no obstante entre ellos y son receptadas conforme muchas veces a otras necesidades teóricas y prácticas. El influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo en Colombia ha trascendido la cuestión académica y pedagógica, para dar cuenta de una influencia efectiva en la concepción y puesta en práctica de sistemas constitucionales amplios y ambiciosos en sus alcances.

El neoconstitucionalismo es una doctrina integral que reconstruye, con dos propósitos, el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los estados constitucionales: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual o justificar normativamente ese modelo. Es posible distinguir entonces entre un *neoconstitucionalismo conceptual* y un *neoconstitucionalismo normativo*: el primero redefine la teoría del derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos sobre los que se estructuró el discurso jurídico durante décadas; el segundo estructura una nueva política del derecho al objetar muchos presupuestos positivistas como la no necesaria vinculación entre el derecho y la moral, la consideración de las reglas como el principal tipo de normas en un ordenamiento jurídico, la centralidad de la ley proveniente del Poder Legislativo como fuente de derecho y la menor intensidad en la colaboración entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado.

Este planteamiento es relevante para enmarcar la presente investigación porque es posible, a su vez, distinguir entre dos tipos de neoconstitucionalismo: uno de alcance general y otro de alcance particular.⁴⁴ Esta distinción permite esclarecer el debate sobre las posibilidades del neoconstitucionalismo como conjunto de doctrinas que, a pesar de sus divergencias, comparten unos claros puntos teóricos en común. Permite además comprender qué tanto se han alcanzado los objetivos de investigaciones donde no interesa tanto defender un neoconstitucionalismo —conceptual de alcance general— en su configuración epistemológica, solidez teórica y coherencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo trasnacional en las formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

Un análisis de este tipo permite extraer conclusiones acerca de la validez del neoconstitucionalismo, a pesar de no como teoría, sino como conjunto o canon de doctrinas cuyos alcances e influjo están concentrados en un contexto concreto identificable en América Latina y, en particular, en los principales polos que lideran la producción intelectual en materia constitucional. Para contribuir a la correcta y comprehensiva descripción del neoconstitucionalismo, se analiza la forma cómo han sido receptados algunos de sus elementos medulares en procesos locales de interpretación y aplicación del derecho. Se podría en tal caso contribuir a resolver dudas empíricas sobre la concreción de tesis y doctrinas de extendida circulación trasnacional, así como a determinar las cuestiones sobre las cuales descansa en última instancia la aceptación o el rechazo del neoconstitucionalismo. En particular proporciona un adecuado marco de referencia para pensar acerca de las diversas cuestiones que confluyen dentro del canon y su recepción. En este sentido, permite además refutar algunas críticas que parten de descripciones parciales o interpretaciones selectivas.

El neoconstitucionalismo es un concepto ampliamente usado en el lenguaje jurídico político actual y representa un debate contemporáneo claro en el estado del arte más allá del derecho público. Se observa con claridad

⁴⁴ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad...*, cit.

por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica y España sobre el neoconstitucionalismo, pero sobre todo acerca de sus principales teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales. También se observa porque algunas de sus instituciones y de sus principios se ha asentado en la teoría y se ha realizado, de un lado, en la práctica de los países que redactaron sus Constituciones atendiendo a una tendencia trasnacional que las concibe como normas directamente aplicables y, de otro lado, en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía real de una persona.

La profusión de investigaciones y estudios, a nivel trasnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que —al menos— parece significar o implicar el concepto “neoconstitucionalismo”. La carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advierte Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso.⁴⁵ A juicio de sus críticos se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles difusos. También se han enderezado objeciones acerca de la manera cómo se han importado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento.

El neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. El uso vertiginoso del concepto en la ter-

⁴⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad...*, cit., cap. 3, segunda parte. En este sentido son también conocidas las críticas de García Amado, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. II.

minología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.⁴⁶

Puede resultar engañoso o desorientador hacer referencia a “la” teoría del neoconstitucionalismo, porque en efecto no existe tal cosa como una teoría neoconstitucional, como en la biología la teoría de la evolución de Darwin o en la física la teoría de la relatividad de Einstein. Más que teoría, el nuevo derecho configura un aire o parecido de familia (Wittgenstein). Precisamente por ser un conjunto de doctrinas no hay un amplio grupo de planteamientos teóricos que sean compartidos por todos quienes se suscriben al neoconstitucionalismo. Pero dentro de un núcleo común identificable más que por la conformación del canon trasnacional, por la recepción de elementos del mismo en distintos contextos, se pueden identificar las siguientes ideas como pertenecientes al canon y adoptadas a nuestras propias formas de concebir diversos aspectos de la fenomenología jurídica.

El neoconstitucionalismo como tal es un concepto general o una idea amplia. Básicamente es la idea de que a partir de la segunda los textos constitucionales se formularon de una manera radicalmente distinta respecto de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como los de legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Desde su génesis se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. Pozzolo hizo referencia a un movimiento teórico que comparte algunas tesis sobre la *concepción, interpretación y aplicación* del derecho, y sobre los problemas que traen aparejadas dichas actividades. La interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular

⁴⁶ Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

de configurar la Constitución. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación entre el derecho y la moral, ha desembocado en una identificación iusnaturalista de emblemáticos representantes del neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino.⁴⁷

El concepto se acuñó hacia mediados de la década de los noventa del siglo xx. Fue introducido al léxico filosófico-jurídico y teórico-constitucional por profesores italianos: Tecla Mazzareze, de la Universidad de Brescia, y Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci, de la Universidad de Génova.⁴⁸ Prontamente fue receptado en España y luego en América Latina, en Brasil, Perú, Ecuador, México y Colombia particularmente. Si bien dentro de la academia jurídica italiana y española con prontitud se empezó a hablar de un nuevo derecho constitucional, la primera ocasión donde se expuso en América Latina el concepto fue en 1997 en el XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrado en Buenos Aires. En esa oportunidad Pozzolo lo utilizó en una conferencia sobre interpretación constitucional. Hizo referencia a un movimiento teórico que

⁴⁷ Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001. Dworkin, Ronald, "Natural Law Revisited", en *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, núm. 2, 1982. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

⁴⁸ Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 355-370; de la misma autora *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001. Comanducci, Paolo, "Il positivismo giuridico, un tentativo di bilancio", en *Studi in onore di Franca de Marini*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 123-124. Barberis, Mauro, "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", en *Ragion Pratica*, núm. 14, 2000, pp. 147-162; del mismo autor *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 27-41; "Neoconstitucionalismo, democrazia e imperialismo de la moral", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo... cit.* Véase también, Mazzareze, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 2-n2. Pozzolo, Susanna, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", cit. Pozzolo, Susanna y Ramos, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006. Quaresma, Regina; Paula, Maria Lucia de y Martins de Oliveira, Farlei (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2009.

comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades. Sostuvo que la *interpretación constitucional* contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, tales como las leyes, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución.

Aunque el recurso al concepto “neoconstitucionalismo” no es unívoco, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados de dicha doctrina es la *limitación jurídica al poder* a partir del criterio de la vinculación de los organismos del Estado a los derechos constitucionales,⁴⁹ como lo dejó claro la primera jurisprudencia proferida por el Tribunal Constitucional colombiano.

No existía un concepto lo suficientemente comprehensivo de las doctrinas jurisprudenciales, tesis académicas, planteamientos ideológicos que, a su vez, estuviera en capacidad de configurar el progreso y la renovación en el campo teórico, judicial y jurisprudencial en América Latina con el cambio de sus textos constitucionales. La explicación contextual permite comprender la razón por la cual el “neoconstitucionalismo” gozó de un éxito fulminante.

Además de conservar los principios del estado de derecho —introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación— como la separación de poderes, la importancia de los frenos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el estado de derecho. Desde el canon trasnacional que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del estado constitucional de la segunda posguerra, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo “ingenuo” de la Jurisprudencia de

⁴⁹ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 27.

Conceptos y la Escuela de la Exégesis, hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo”, según la concepción de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958.⁵⁰

Los desarrollos jurídicos durante la segunda posguerra constituyeron la configuración de los lineamientos distintivos de un nuevo constitucionalismo, tales como la incorporación de derechos sociales y de principios de naturaleza moral en las Constituciones, así como de mecanismos para su garantía material y de instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. La Constitución se ha transformado de norma orgánica para determinar competencias entre las ramas del poder público y regular funciones entre organismos del Estado, en una norma jurídica propiamente que exige aplicar a las relaciones ciudadanas las garantías, los valores y los principios que la inspiran y fundamentan, así como a las tradicionalmente pétreas relaciones de poder en las esferas privadas. La insistencia en esta posibilidad, y su misma defensa neoconstitucional, de aplicar directamente los postulados de la Constitución a partir de mecanismos judiciales de naturaleza procesal, en lugar de dejarlos como inspiración de políticas y restricción para la expedición de leyes, constituye una reivindicación normativa de la históricamente alegada necesidad de que la moral contribuya a determinar al derecho.

El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surgió para responder a los nuevos desafíos que imponía la necesidad de reconfigurar las instituciones del poder público luego de la Segunda Guerra y, luego, de la entrada de Portugal y España a la democracia. El constitucionalismo europeo durante la segunda posguerra exhibió una particular singularidad producto de los cambios institucionales, políticos e ideológicos que se debieron acometer para armonizar la vocación de poder del derecho y el respeto a la regla de mayorías, con principios de naturaleza moral, como la dignidad humana y aquellos incorporados en los derechos

⁵⁰ Cruz, Luis, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005. Sobre los tres puntos fundamentales de esta sentencia respecto del neoconstitucionalismo, véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2ª parte, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

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

En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.⁵¹ Si bien la nomenclatura neoconstitucional ha sido utilizada apenas desde finales de los noventa del siglo xx, procura describir y explicar los cambios que se realizaron en los sistemas jurídicos iberoamericanos desde la década de 1970 y que progresivamente han ido extendiéndose no sólo institucional, sino doctrinalmente, por cuenta de la promulgación de Constituciones políticas que a su vez, en distinta medida, según el contexto, transformaron las prácticas jurisprudenciales, exigieron una cualificación de la producción bibliográfica y una sofisticación de la doctrina jurídica.

Luego de que fue acuñado en Europa el concepto ha tenido un mayor desarrollo en América Latina. Se ha desarrollado de maneras originales y creativas respecto de algunas de sus principales instituciones cuando otros países se han visto en necesidades similares ante cambios normativos que deben ser implementados. Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica, a partir de la cual se comprende la necesidad de realizar trasplantes teóricos e institucionales,⁵² ha sido implantada y fortalecida por el destacado papel de algunas academias jurídicas —lideradas por los polos intelectuales de México y Argentina, pero a los cuales se añan progresivamente otras academias como la colombiana, la brasilera, la ecuatoriana y la peruana— que renovaron sus Constituciones, dotaron a su jurisprudencia y a la de organismos internacionales de carácter vinculante, aumentaron y cualificaron

⁵¹ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, versión manuscrita facilitada por la autora.

⁵² Gargarella, Roberto, "Injertos y rechazos, radicalismo político y trasplantes constitucionales en América", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. 1, cap. XX, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. Böhmer, Martin, "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

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

El influjo del neoconstitucionalismo en un contexto particular se puede determinar de varias formas. Se desarrollará desde el contexto colombiano conforme a una serie de características de tipo orgánico y dogmático a nivel del texto constitucional, pero también de dos rasgos: primero, la renovación de las prácticas jurisprudenciales que lejos ya de la mera solución en última instancia de conflictos jurídicos entre partes o contra organismos del Estado, se han constituido en la principal forma de evolución dinámica del derecho; y segundo, el cambio en la literatura jurídica que además de modificar sus marcos teóricos y pretensiones, se encuentra permanentemente atenta a los desarrollos académicos y a las principales doctrinas jurisprudenciales extranjeras. Esta caracterización procura no sólo establecer los elementos que dotan de identidad teórica al movimiento, sino presentar argumentos para defender su conveniencia dentro de los procesos de constitucionalización del derecho.

En este sentido pueden identificarse sitios locales de producción de un nuevo modo trasnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia retributiva hacia el país de influencia trasnacional. Hay también casos intermedios.⁵³ El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco conceptual al estado de derecho decimonónico.⁵⁴ En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

A nivel de la Constitución, se establece que está cargada de un valor intrínseco, es un valor en sí;⁵⁵ que su contenido es fundamentalmente sustantivo por los derechos y principios que consagra; que se debe interpretar

⁵³ Bonilla, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2009.

⁵⁴ Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. Ahumada, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

⁵⁵ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

sistemática en lugar que aisladamente; que debe ser rígida por las altas exigencias para su propia reforma; y que toda la normativa del sistema se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Dentro de los aspectos más importantes se establece que la Constitución tiene garantía jurisdiccional debido a la creación de tribunales especializados y que su naturaleza es normativa propiamente hablando, cuyos mandatos son obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos.

A nivel de los derechos, se establece que tienen *valor normativo* pleno en lugar de ser *normas programáticas* que serán eventualmente desarrolladas por el Legislativo; efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico; fuerza vinculante no sólo hacia organismos del Estado, sino también hacia privados y particulares —*Drittwirkung der Grundrechte*—; y tienen un “contenido esencial” que se debe respetar cuando se resuelven casos de tensiones entre derechos mediante el principio de proporcionalidad. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva.⁵⁶ En los casos en los cuales la Constitución habla con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito en los derechos para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

A nivel del Poder Judicial, como novedad, se establece que interpreta pero también crea derecho; que es un poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia; y que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional, lo cual ha derivado en una judicialización de la política. Estrechamente relacionado con el cambio en el rol del juez, se encuentra el cambio a nivel de la jurisprudencia. Ahora se establece que la aplicación efectiva de los derechos se debe a la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a su consagración constitucional. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. Desde el constitucionalismo del estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros. Desde el neoconstitucionalismo se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la manera como se comprende el derecho en el ámbito académico y profesional.

2. VERSIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1. El neoconstitucionalismo como teoría jurídica

Una serie de tesis relacionadas con el positivismo teórico son objetadas y reformuladas por la teoría jurídica del neoconstitucionalismo. En primer lugar, se encuentra la teoría de las fuentes del derecho, pues desde la supremacía de la Constitución se reformula la posición de la ley en el sistema de fuentes, perdiendo su posición monopólica como creadora de derecho, lo cual modifica a su vez las relaciones de los poderes públicos con la jurisprudencia. Se favorece una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho, sobre todo a la jurisprudencia, ya que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales,⁵⁷ en el entendido de que **la Constitución es un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público**. Se asiste en el neoconstitucionalismo a una ampliación de los contenidos constitucionales materiales.

El neoconstitucionalismo cuenta con una propia teoría de las normas en la medida en que plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico. Debido a que el reconocimiento de la *discrecionalidad judicial* es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin, en el neoconstitucionalismo se reconoce una particular teoría de la interpreta-

⁵⁷ Aguiló, Josep, "Sobre la Constitución en el estado constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 24, 2001, pp. 454 y 456.

ción y se propicia el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica en un intento por racionalizar con medidas como el principio de proporcionalidad la decisión judicial en casos difíciles.

Comanducci sustenta que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, mientras que el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología, metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Barberis lo caracteriza como una posición filosófico-jurídica para la cual es inexistente la distinción necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, la cual en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en los setenta del siglo xx por Sartori y Matteucci, y que en general recibirá un impulso definitivo más adelante bajo la influencia de Dworkin y Alexy.

El neoconstitucionalismo representa una serie de cambios de matices en el discurso constitucional, los cuales supondrán que el Estado deberá, de forma paulatina, aumentar el número de tareas que tradicionalmente realizaba, tales como la protección de los clásicos derechos de libertad y de defensa, así como la mera consagración de derechos en una Constitución sin valor normativo pleno y, por tanto, sin fuerza vinculante en sus provisiones hacia terceros. Antes lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, la misma razón de ser de lo orgánico es lo dogmático. En otras palabras, el Estado aparato existe para realizar los fines del Estado dentro de los que se destaca la garantía a los derechos. Como se mencionó, la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley sino la ley en los derechos. Ya no son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. Los valores y principios que se incorporaron en la Constitución orientan las formas idóneas y legítimas de interpretarla.

El constitucionalismo ha operado históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Acentúa la dimensión de límite al poder,⁵⁸ por lo cual se entiende que la única protección demandada

⁵⁸ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982. Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

al Estado era por derechos de defensa y derechos de libertad. La consolidación del estado constitucional luego de la segunda mitad del siglo xx, constituye una aproximación de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, los cuales hasta entonces habían surcado terrenos diferentes.⁵⁹ De la primera se retoma la fuerza normativa de la Constitución y su garantía jurisdiccional. La dimensión dirigente se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que en general se propone superar el estado de cosas realmente existente. Antes las Constituciones consagraban fundamentalmente contenidos programáticos que establecían las instituciones del poder público, sus funciones y competencias. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo tradicional, se puede sustentar como una forma sustantivada de constitucionalismo.

La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional, trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de *impronta positivista*, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De ahí, por ejemplo, que se reconozca unánimemente que no sólo hay reglas que, con una estructura condicional hipotética, se aplican silogísticamente mediante una subsunción, sino también otro tipo de normas con una estructura de principios que se aplican mediante la ponderación según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.

El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco al estado de derecho decimonónico, producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra.⁶⁰ Desde la génesis del neoconstitucionalismo se en-

⁵⁹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 130. Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid Trotta, 2009.

⁶⁰ Prieto Sanchís, Luis "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit.; "El constitucionalismo de los derechos" y "Réplica a Juan Antonio García

cuentra el cometido de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas afines en su aproximación al fenómeno jurídico, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo.

Las tareas de integración y legitimación política que se deben cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina de justificación de dicho modelo estatal.⁶¹ Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas, porque el Estado sólo debía velar por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general, empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídico-política. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos, como los integrados por los países iberoamericanos que se caracterizan por profundas condiciones de desigualdad estructural en el ingreso, déficit en la protección de derechos mínimos y falencias en la real representación política, en los cuales, por tanto, hay un profundo descontento por la situación del presente de la respectiva sociedad.

Escribe Fioravanti que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”.⁶² Se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional. Conviene entonces caracterizar al neoconstitucionalismo desde tres versiones.

Amado”, ambos en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2011. María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

⁶¹ Lopera Mesa, Gloria, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuaderno de Investigación, núm. 16. Medellín, Universidad EAFIT, 2004.

⁶² Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las...*, cit., p. 131.

2.2. La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo

Esta versión se dirige hacia una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo. Para Comanducci el neoconstitucionalismo surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y, a su vez, pretende superar al positivismo y plantearse como alternativa al iusnaturalismo. Las *tesis de la neutralidad*, la separación conceptual entre derecho y moral, la adopción del punto de vista externo y el papel eminentemente descriptivo de la ciencia jurídica, han sido merecedoras de críticas por un sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional para el cual la incorporación de principios constitucionales en los ordenamientos jurídicos actuales es una manera de que la moral irradie el derecho.⁶³

Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que para algunos autores se da desde el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el de la justificación. No es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros sistemas coactivos. Las dos dimensiones *real* o *fáctica* e *ideal* y *crítica* del derecho contemporáneo, conforme a Alexy, se reflejan en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. En este sentido dos concepciones cardinales del neoconstitucionalismo expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, a saber, la argumentación jurídica y su relación con la tesis del caso especial. Nino sostiene una conexión justificatoria, pues en cuanto hecho el derecho no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo, lo cual implicaría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral.⁶⁴

La conexión entre derecho y moral, sostenida desde el neoconstitucionalismo, se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos. Se produ-

⁶³ Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 82.

⁶⁴ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-83.

ce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica.⁶⁵ El neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por el positivismo inclusivo que admite dicha vinculación, pero sólo con carácter contingente.⁶⁶ La determinación del derecho válido ya no depende sólo de elementos formales, objetivamente verificables, sino de la conformidad de su contenido con las normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que obliga a realizar valoraciones en la esfera de lo que “debe ser” de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Un derecho constitucionalizado no sólo describe la Constitución, sino que además también implica usarla para determinar el derecho válido.

No es posible desarrollar contemporáneamente una ciencia jurídica sin valoraciones que se limite a describir el fenómeno jurídico. En este sentido podría decirse que el neoconstitucionalismo es un “concepto ético denso” que, primero, está compuesto por lo descriptivo y lo normativo, y segundo, por dicha articulación no sólo un concepto puede presentar en un momento determinado ambos rasgos, sino que lo concluyente para ser ético denso es que no se puedan separar, es decir, que en un mismo concepto esté imbricado lo *descriptivo* y lo *normativo*.⁶⁷

Concepciones normativas del derecho como el neoconstitucionalismo sustentan respecto de la democracia al interior de sistemas jurídico-políticos determinados por una Constitución, que la regla mayoritaria es un recurso necesario, pero insuficiente para la adopción de decisiones justas y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos.

⁶⁵ Lopera Mesa, Gloria, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, cit. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 51-52. Santiago Nino, Carlos, *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 59.

⁶⁶ Hart, Herbert L. A., “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.

⁶⁷ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 50; “La objetividad y la distinción ciencia-ética”, en Sen, Amartya y Nussbaum, Martha (eds.), *La calidad de vida*, México, FCE, 1993.

El derecho contemporáneo, conforme a Alexy, no sólo tiene una dimensión real o fáctica sino también otra ideal y crítica.⁶⁸ Ferrajoli sostiene que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión —*descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico*—, estableciéndose una “circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica” que se explica porque “el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho —el diseñado por la Constitución— y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo”.⁶⁹ Se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo. Entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional está, conforme a Hesse, “despertar y mantener la voluntad de Constitución”.⁷⁰

Desde la versión neoconstitucionalista sustentada por Pozzolo, se rechazan los modelos eminentemente descriptivos de las normas constitucionales porque resultan incapaces de proveer razones dentro de la labor de adjudicación. La ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo tiene además de la tarea de describir las normas y la normatividad, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí de su reconstrucción. Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Es lo que sugiere Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁷¹ Propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales.⁷²

⁶⁸ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, cit.

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 60 y 62.

⁷⁰ Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 73 y ss.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 33 y ss.

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 886.

2.3. El neoconstitucionalismo como ideología

Una particular filosofía política concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder. Esta vertiente ideológica se fortalece por la fuerte carga axiológica de los textos constitucionales, pues el neoconstitucionalismo reafirma un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo del estado social de derecho. Las nuevas Constituciones son dinamizadoras de un "patriotismo constitucional"⁷³ que refuerza la idea de una mayor participación ciudadana en la configuración de la esfera pública y una renovación democrática del constitucionalismo. Hay que seguir nuevas formas de integración social que las sociedades complejas puedan admitir acudiendo, no a tradiciones o intereses comunes, sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes cosmovisiones del mundo y perspectivas del buen vivir entre ciudadanos que procuran habitar un mismo territorio y constituir una organización societaria común.

El sustento de un patriotismo constitucional se encuentra en los contenidos recogidos por el orden normativo, según la Constitución política, tales como los derechos fundamentales y los principios estructurales del estado democrático de derecho. En las actuales sociedades multiculturales donde se consagra el respeto al pluralismo religioso, ideológico y político, este patriotismo constituye un avance de la idea de nacionalidad. La nacionalidad colombiana se construyó, a partir de la Constitución de Núñez y Caro (1886), desde una religión (la católica, apostólica y romana), una lengua (el español) y una autoridad (el poder del ejecutivo). Un aspecto transversal a las reformas constitucionales en los países de la región, de la cual Colombia fue pionera, es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad al reconocer la unidad nacional alrededor del pluralismo, no como un mal menor, sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil

⁷³ Habermas, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989; "Patriotismo de la Constitución", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 211-250.

latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado.

2.4. El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política

Las demandas ciudadanas por seguridad, libertad e igualdad que surgieron con las revoluciones liberales y se consolidaron en las salidas del fascismo y de las dictaduras ibéricas, desembocaron en la creación de una forma diferente de organización a partir del estado social, o democrático, de derecho como modelo ideológico y fórmula política. Se destaca en este punto la paulatina incorporación de derechos sociales, tales como los laborales, en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional. Es precisamente en la segunda posguerra donde se afianza el estado constitucional a partir de las enseñanzas previas donde, en la práctica, las iniciativas sociales no lograron superar los confines del legalismo.

Las transformaciones que comportaron el deterioro de las columnas del orden liberal burgués desde donde se edificó el estado legislativo. Hesse destaca los cambios en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del voto censitario.⁷⁴ La expansión que han comportado las reformas constitucionales en los países de la región hacia una mayor posibilidad de participación democrática, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno para la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo. Si bien los contenidos del estado social existían como tal desde la segunda posguerra, cuando convergieron con las formas propias del estado constitucional, lo importante en este punto es la necesidad de elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales para transformar el modelo de Estado hacia otro con un sistema político-administrativo mucho más complejo, lo cual estuvo en parte fundamental motivado por un compromiso entre fuerzas políticas para evitar la revolución o la vuelta al fascismo. En Alemania por

⁷⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 10-11.

ejemplo se consagró al inicio mismo de la Constitución, la dignidad humana como derecho inalienable y cláusula inmodificable.

En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de estado liberal para darle cabida al estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); las revoluciones rusa y mexicana, y del *New Deal* de Roosevelt en Estados Unidos. La inclusión de la fórmula del estado social en la Ley fundamental de Bonn dará testimonio del consenso existente en torno a este modelo y su importancia para la refundación política de Alemania, e igual tendencia se aprecia en la incorporación, más o menos generosa, de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo xx.⁷⁵

En virtud de un modelo constitucional como el anterior, sin contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los derechos fundamentales, no se presentaría el fenómeno de la constitucionalización del derecho ni la expansión de los contenidos constitucionales materiales. El exmagistrado del tribunal constitucional sudafricano, Albie Sachs reconoce que “Hay una creciente aceptación en todo el mundo de que ciertos valores fundamentales de naturaleza universal deben atravesar y envolver toda actividad gubernamental, incluido el mobiliario (*furnishing*) de las condiciones básicas para que todos puedan tener una vida digna”. A su juicio, la jurisprudencia del siglo xxi se enfocará cada vez más en los derechos socio-económicos.

3. RESPUESTA AL SURGIMIENTO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Una de las razones que explica el rápido influjo de la doctrina neoconstitucional en América Latina, tiene estrecha relación con el hecho de que los cambios en los sistemas constitucionales acontecidos en las dos últimas décadas han estado en general orientados hacia la consolidación del modelo

⁷⁵ La convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitirá restablecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la guerra, no supone una fusión entre ambos modelos.

de la democracia constitucional. Una región que ha padecido las dictaduras y las desestabilizaciones democráticas, fue girando paulatinamente hacia la consideración, según la cual altos estándares normativos debían incorporarse a las formas y los procedimientos democráticos, es decir, normas y principios con la máxima jerarquía normativa tendrían no sólo que restringir las actuaciones del poder político sino también, y sobre todo, señalarles sus rumbos de acción. Es decir, que la regla de mayorías y el principio de autogobierno colectivo —la democracia— se debe someter a los principios y derechos fundamentales —la Constitución—.

El concepto “democracia” hace referencia a una doctrina política en virtud de la cual, como señala su bien conocido origen etimológico, el pueblo se autogobierna. Procura una correspondencia entre quienes configuran la ley y quedan a su vez obligados por ella, por lo que se realiza el ideal de gobierno que consiste en la autodeterminación individual y colectiva, eliminando así la imposición de la voluntad de un presidente que se abroga poderes excesivos o de un Congreso cuestionado por su cercanía con el poder económico y la corrupción. Dicho concepto ha tenido históricamente múltiples cambios de significado.

La democracia directa de la *polis* ateniense no se corresponde con el tipo de democracia existente en las complejas y fragmentadas sociedades contemporáneas. La forma cómo se ha conceptualizado la democracia no hace referencia en realidad al mismo concepto tal como se edificó en la antigua Grecia y como se conoció en sus desarrollos, por ejemplo, durante el periodo de la ratificación de la Constitución estadounidense o cuando cayeron las dictaduras fascistas en Italia y Alemania. Su extensa difusión en el léxico de politólogos, juristas, filósofos e historiadores, ha ampliado de manera paulatina su capacidad denotativa, por lo cual el significado del concepto ha abrazado un contenido amplio e intrincado. La idea de democracia es en todo caso ampliamente compartida, pero esto no significa que no exista diversidad sobre los tipos de democracia, lo cual conduce a la necesidad de precisar, más que el concepto, las concepciones sobre la democracia.⁷⁶

⁷⁶ Habermas, Jürgen, “Three Normative Models of Democracy”, en *The Inclusion of the other. Studies in Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1998.

Las nuevas estructuras del lenguaje político transforman las concepciones, toda vez que acontecimientos históricos han hecho valer distintas concepciones de la democracia. La estructura analítica y referencial del concepto es similar, pues se trata de constituir una categoría explicativa, descriptiva o prescriptiva, de una determinada forma de organización jurídico-política, desde la democracia populista de Hitler hasta la democradura o dictadura democrática del pueblo como se consagra en la Constitución china. La democracia, si bien responde a problemas permanentes se ha visto constantemente sometida a nuevos desafíos que le exigen tener rendimientos ante acontecimientos nuevos que se tornan en sus problemas centrales.

La transformación en el concepto está relacionada con sus elementos descriptivos y con la adquisición de nuevos elementos prescriptivos. “Democracia constitucional” es un concepto que, si bien tiene elementos descriptivos, es sobre todo normativo y prescriptivo, pues describe los organismos del Estado en sus competencias, pero en particular prescribe cuáles son sus funciones en el marco de las normas y los principios del constitucionalismo contemporáneo. En la medida en que las constituciones políticas de los países iberoamericanos, vía cambio o reforma, han consagrado un amplio catálogo de derechos, valores, fines y principios de naturaleza moral, “democracia constitucional” también es un concepto de naturaleza normativa.

La constitución limita el poder del gobierno y el congreso, pero sobre todo amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. La democracia constitucional significa, de un lado, que el pueblo se debe autogobernar; que la soberanía reside en el pueblo que es quien detenta en últimas el poder político. Pero de otro lado significa también que ese autogobierno, que ese poder, no se puede ejercer arbitrariamente. Si bien en la ley debe estar representada la correspondencia entre quienes la adoptan y quienes la deben cumplir, en la Constitución se encuentran normas que, en tanto derechos y principios, se deben cumplir por sobre cualquier circunstancia. Estas normas son los derechos fundamentales —de libertad y sociales— y los principios de naturaleza moral —dignidad humana, igualdad material, justicia social, pluralismo, autodeterminación de los pueblos y solidaridad—.

Como la democracia no es ya la mera representación de los intereses del mayor número, como lo entendieron las concepciones agregativa, mayoritaria o populista de la democracia, sino que actualmente significa sobre todo respeto a los derechos y principios constitucionales, así como a las reglas de juego democrático, los tribunales adquieren una particular relevancia institucional en el trabajo conjunto con el Congreso y el gobierno para proteger la superioridad de la Constitución y garantizar la efectividad de los derechos.

II. LA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN EN LA TEORÍA DE ALEXY

1. UN PUNTO DE PARTIDA CONTEXTUAL⁷⁷

Robert Alexy, jurista germano, nacido en 1945 y en plena producción intelectual, ha escrito una obra voluminosa y erudita, a la cual se le adeuda el resurgimiento de problemas clásicos y la creación de originales cuestiones que han recibido atención global. Sus libros y artículos han sido extensamente traducidos, y por la influencia dogmática y jurisprudencial que han ejercido en distintos contextos, ha recibido distintos reconocimientos y doctorados *honoris causa* por universidades europeas y latinoamericanas. En 2010 recibió en Alemania la “Cruz del mérito de primera clase” de la Orden del Mérito. La obra de Alexy ha permitido avanzar hacia formas más complejas de análisis jurídico, más acordes, tanto con nuevas necesidades cognitivas y prácticas, como con las expectativas de ciudadanos en la formación de una sociedad que empezaba a incorporar en su imaginario la idea de los derechos como garantías y de los mecanismos para su protección. La centralidad del debate sobre los derechos en Colombia, pero sobre todo su desarrollo dogmático y eficacia práctica, es deudor de la teoría de Alexy, una de las que mayor influencia ha ejercido en la renovación del discurso jurídico en América Latina, fundamentalmente en tres campos: la argumentación jurídica, los derechos fundamentales y la concepción no-positivista del derecho.

Alexy es filósofo, abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Göttingen. Como estudiante recibió, primero, la influencia de la filosofía

⁷⁷ Apartado elaborado con la orientación de Robert Alexy en varias comunicaciones electrónicas durante el primer semestre de 2015.

analítica por parte de Patzig, quien de hecho la introdujo en Alemania y es, además, uno de los especialistas más reputados en silogística aristotélica. Luego fue influenciado por Habermas. “Si bien es la contraparte de la filosofía analítica, me ha influenciado mucho. He articulado en mi propio trabajo la lógica y la teoría del discurso, lo cual no se había hecho hasta ahora”, afirma Alexy. En el campo jurídico su principal influencia fue Dreier, profesor de Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho e Interpretación Constitucional, y con quien continuó trabajando como asistente de investigación. Fue su director de tesis doctoral y de habilitación docente. “Dreier me inspiró muchas ideas y especialmente me introdujo a Kelsen y Radbruch, quienes me han influenciado hasta ahora”. Desde 1985 Alexy es profesor, ahora emérito, de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel.

Los cimientos de su teoría están representados en sus tres principales obras: *Teoría de la argumentación jurídica* (orig. de 1978), su tesis doctoral, se ocupa de la posibilidad de racionalidad en el discurso jurídico. Entre los extremos de la probabilidad y la arbitrariedad del discurso, hay una tercera posibilidad: la racionalidad, cuyas condiciones se establecen en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Los tres elementos centrales de esta obra, son: la *teoría del discurso* y las *tesis de la corrección moral del derecho* y del *discurso jurídico* como un caso especial del *discurso práctico general* (tesis del caso especial).

En *Concepto y validez del derecho* (1992) aborda el concepto de derecho y expone de forma comprehensiva su teoría no positivista. Fundamenta la tesis de la *conexión necesaria* entre el derecho y la moral, entre validez —corrección jurídica— y méritos morales —corrección moral—, que había planteado en su teoría de la argumentación. Además, incorpora esta tesis a la idea de los defectos jurídicos, es decir, al planteamiento en virtud del cual las decisiones jurídicas que no satisfacen la pretensión de corrección, resultan moralmente deficientes y jurídicamente defectuosas, lo cual no siempre acarrea la pérdida de validez.

La obra que nos interesa sobre todo en esta investigación es la *Teoría de los derechos fundamentales* (1985). Resultado de su trabajo de habilitación docente, en esta obra aborda el estudio científico de los conceptos jurídicos:

su estructura y sus relaciones con otros conceptos. En particular, y desde la teoría analítica del derecho, precisa el concepto, la naturaleza, el contenido y la estructura de los derechos fundamentales —disposición, norma y posición de derecho fundamental—. Presenta una teoría estructural de los derechos fundamentales sobre los problemas en su interpretación y aplicación, que en trabajos posteriores ha avanzado hacia su justificación y fundamentación. Luego de que los derechos fundamentales se introducen al derecho positivo, para otorgarle a los derechos humanos una dimensión positiva, surge el problema interpretativo acerca, no del contenido *prima facie*, sino del contenido definitivo del derecho en un caso concreto. Así se configura la *jerarquía móvil* entre los principios respecto de las circunstancias de su aplicación y se determina lo que se debe considerar válido en el derecho.

La distinción entre dos tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico: las reglas y los principios, y la consideración de estos últimos como mandatos de optimización, se plantean como soluciones a los problemas de los derechos fundamentales. Esta distinción constituye el fundamento del principio de proporcionalidad como criterio argumentativo para controlar las restricciones en derechos fundamentales, al evaluar la legitimidad constitucional de las medidas que restringen derechos y descartar así las que impliquen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado. Este libro desarrolla la idea de la *ponderación* y defiende su racionalidad a partir de las *leyes de la colisión* y la ponderación.

El contenido *prima facie* de un derecho fundamental se determina al interpretar la disposición que lo consagra, pero en la solución de las tensiones entre derechos constitucionales es que se determina su contenido definitivo que, además, resulta vinculante para el legislador y los particulares. El resultado de la aplicación del derecho es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso. En este punto radica la conexión entre la ponderación y la *ratio vinculante* de un precedente.

La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales reside en que sólo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en el que un derecho es afectado o en el que

es importante su desarrollo o garantía. El principio de proporcionalidad es una estructura vacía sin la argumentación. “Una ponderación sin argumentación sería irracional”, afirma Alexy.

2. DISTINCIONES FUNDAMENTALES

2.1. Regla y principio

El fundamento de la fórmula política del estado constitucional es la existencia de principios que, además de reglas, integran el ordenamiento jurídico y, en particular, la Constitución. Los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pueden, por tanto, cumplirse en diferente grado. Las reglas son mandatos definitivos porque contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la subsunción mientras que los principios mediante la ponderación. Con posterioridad Alexy ha analizado la analogía o comparación de casos como otra metodología para la aplicación del derecho, adicional a la subsunción y la ponderación.⁷⁸

Esta distinción, una de las más contenciosas en la teoría jurídica contemporánea, es planteada por Alexy como cualitativa de carácter lógico al rechazar la distinción a partir del criterio de generalidad formulada por Dworkin. Una norma no se califica como regla o principio por su mayor o menor grado de generalidad, sino interpretativamente a partir de cómo se vaya a aplicar y cómo deban resolverse las colisiones donde se encuentren. Como las reglas son mandatos definitivos si una conducta puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de una regla determinada, se aplica; si no, no. Como los principios son mandatos de optimización deben precisarse las posibilidades fácticas y jurídicas a partir de las razones que juegan en sentido contrario.

⁷⁸ Alexy, Robert, “Two or Three?”, en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, núm. 119, Beiheft, 2010.

2.2. Disposición y norma

Se trata de una de las distinciones sobre las que mayor atención ha fijado la teoría jurídica contemporánea. La jurisprudencia constitucional colombiana la ha acogido expresamente.⁷⁹ Una disposición es el conjunto de palabras, de enunciados lingüísticos, contenidos en los artículos de una ley o de la Constitución, tal como fueron adoptados por la institución con la autoridad para hacerlo. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Una norma es el conjunto de significados atribuibles a las disposiciones. La norma proviene entonces del significado del enunciado lingüístico mediante la interpretación y establece las proposiciones prescriptivas que se adscriben a las disposiciones. Las normas prescriben lo que prohíben, permiten u ordenan las disposiciones, como cuando la Corte Suprema interpreta sistemáticamente disposiciones contenidas en los artículos 375 y 376 del Código Penal colombiano, y en el Estatuto Nacional de Estupeficientes, y decide que, para las normas contenidas en dichas disposiciones, no constituye delito tener menos de 20 plantas de marihuana ni portar tallos, semillas u hojas.⁸⁰

2.3. Norma y posición

Uno de los principales problemas conceptuales referidos a los derechos subjetivos, lo plantea esta distinción. Un enunciado normativo como “Todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional”, expresa una norma universal que confiere un derecho frente al Estado: X tiene el derecho frente al Estado a movilizarse con libertad, es decir, que está en una posición jurídica que se caracteriza por la existencia de tal derecho. Alexy enfatiza la importancia de concebir a los enunciados normativos, que expresan normas jurídicas y a partir de los cuales pueden relacionarse posiciones jurídicas, como predicados de tres elementos, o triádicos, de la forma “X tiene frente a Y un derecho a Z”. La característica de la posición jurídica

⁷⁹ Para las diferencias entre disposición jurídica y norma jurídica, véase la sentencia C-038 de 2006.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, SP-7600, junio de 2015.

es la relación conforme a la cual un individuo está en la situación de poder exigir algo a otro o al Estado. Una norma de derecho fundamental, es decir, el significado de una disposición constitucional iusfundamental, supone la atribución de una posición al titular de lo que procura proteger o garantizar la norma. Tener un derecho es estar en la posición de plantear exigencias. Los derechos subjetivos son posiciones porque cualifican a las personas, es decir, si una norma le permite a alguien expresarse o movilizarse, significa que la norma le confiere la propiedad de ser alguien a quien le está permitido realizar cualquiera de esas acciones. Las características del derecho subjetivo son la norma jurídica, la obligación jurídica y la posición jurídica. Los derechos serían entonces razones que fundamentan la capacidad jurídica para garantizarlos. Como dice Rodolfo Arango: políticamente, una posición significa que el individuo es tomado en serio.⁸¹

La relevancia de la idea de *posición jurídica* radica en las propiedades normativas de las personas y las acciones, y por las relaciones normativas entre las personas, y entre las personas y las acciones. La idea de los derechos, como posiciones y relaciones jurídicas, conducen a precisar las razones para los derechos subjetivos y la posibilidad de garantizarlos. La falta de precisión sobre esta idea ha conducido a la polémica por el concepto de derecho subjetivo.

2.4. Enunciado normativo y norma

Para definir el concepto de norma de derecho fundamental —de manera previa al abordaje de la norma adscrita— se debe distinguir entre enunciado normativo y norma. En síntesis una norma es aquello que significa un enunciado normativo. Dentro del género de las normas se encuentran las normas de derecho fundamental, es decir, aquellas que se expresan a través de disposiciones iusfundamentales. Esta especie de normas puede estar o directamente estatuida por el enunciado normativo que está en la Constitución o puede ser adscripta. Todos los artículos de una Constitución contienen enunciados normativos, pero sólo algunos de ellos son disposiciones

⁸¹ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

iusfundamentales. No todo enunciado constitucional expresa una disposición de derecho fundamental.

El artículo 12 de la Constitución colombiana, por ejemplo, expresa un enunciado normativo de derecho fundamental: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Un enunciado constitucional es un enunciado normativo porque expresa una norma; dentro de los enunciados constitucionales hay “enunciados normativos de derecho fundamental”, es decir, “disposición de derecho fundamental”, o iusfundamental. Una disposición de derecho fundamental expresa una norma de naturaleza iusfundamental.

Alexy destaca dos problemas de esta cuestión: ya que no todo lo que dice una Constitución expresa una norma de derecho fundamental, se presupone la existencia de un criterio clasificatorio que permita determinar cuáles enunciados normativos, de todos los que hay en una Constitución, expresan disposiciones iusfundamentales de las que se derivan normas de derecho fundamental —o iusfundamentales— y cuáles no. Otra cuestión problemática que tiene relación con nuestro tema, es si las normas de derecho fundamental son únicamente aquellas que están expresadas de forma explícita por disposiciones de derecho fundamental.

La Constitución entonces tiene entonces enunciados normativos. Los significados de esos enunciados son las normas. Esta distinción entre *norma* y *enunciado normativo* es esencial en la construcción de las *normas adscritas* como normas válidas de derecho fundamental. Además de la incorporación expresa de un enunciado constitucional en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución determinada, subsiste la cuestión de qué atributo debe tener una disposición constitucional para ser una disposición de derecho fundamental. Omitiendo los inconvenientes particulares que tiene definir a los derechos fundamentales por criterios materiales, estructurales y/o formales, conviene señalar que la cuestión por los atributos definitorios de la norma como disposición de derecho fundamental, se resuelve apelando a dichos criterios.

Alexy cita a Carl Schmitt para reconstruir los dos primeros criterios y para demostrar su insuficiencia. Conforme a Schmitt los derechos fundamentales son aquellos que por pertenecer al fundamento mismo del Estado

son reconocibles como tales en la Constitución. Es un elemento material el que “un derecho pertenezca al fundamento mismo del Estado”. Y como a su criterio el fundamento del Estado son los derechos individuales de libertad, los derechos fundamentales de una Constitución son únicamente aquellos que presenten una estructura de derecho individual de libertad.⁸² Estos dos criterios adolecen de insuficiencia porque de plano omiten la posibilidad de que derechos como los sociales sean considerados derechos fundamentales.

El criterio formal de fundamentación de las normas de derecho fundamental tiene que ver, como se deduce con claridad, con su positivización, por lo cual son derechos fundamentales aquellos enunciados normativos que, por ejemplo respecto de la Constitución Colombiana, hacen parte del capítulo I, “De los Derechos Fundamentales”, es decir, los artículos 11 a 41, sin importar el contenido de la norma ni lo estatuido por ella. Este criterio permite, en consecuencia, identificar con claridad cuáles enunciados normativos constitucionales son normas de derecho fundamental y cuáles no, pero —respecto de las normas adscriptas— vale la pena referir al inconveniente que tiene definir a los derechos fundamentales sólo por criterios formales.

Resulta, de un lado, particularmente reducido el campo de lo comprendido por la determinación formal y, de otro, se concentra la competencia de determinar cuáles disposiciones expresan normas de derecho fundamental exclusivamente en cabeza del legislativo. El criterio formal es adecuado, pero insuficiente porque, de acogerlo, la salud por ejemplo nunca habría sido considerado un derecho fundamental, ya que en la Constitución colombiana no hace parte siquiera del capítulo de los derechos sociales, sino que se menciona como “La atención de la salud” en el artículo 49.

No sólo otras disposiciones constitucionales expresan normas de derecho fundamental así no hagan parte del capítulo que precisa en la Constitución los derechos fundamentales, sino también porque se impide que los jueces tengan poder de determinación de otras normas que no obstante su

⁸² Schmitt, Carl, “Grundrechte und Grundpflichten”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1973. Cit. por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 63.

falta de consagración formal también comportan una disposición de derecho fundamental. La insuficiencia del criterio formal para determinar qué hace que un enunciado normativo constitucional, sea una norma de derecho fundamental, se revela entonces en la posibilidad de construir normas adscriptas de derecho fundamental.

El criterio formal se siguió en un primer momento en Colombia, pero el riesgo de restringir las normas iusfundamentales sólo a aquellas consignadas en el texto de la Constitución, se eludió en la propia Constitución gracias al artículo 94, que cierra el título II, De los derechos, las garantías y los deberes. En virtud de este artículo “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. En el mismo sentido, el decreto que reglamenta la acción de tutela (2591 de 1991) señala en su artículo 2 que además de que la tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, “Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.⁸³ Se reconoce entonces que los derechos fundamentales son aquellas normas que hacen parte del respectivo título constitucional, *además* de otras, son inherentes a la persona humana que estén en el resto de la Constitución o que integren convenios internacionales que sean ratificados legalmente.

Puede examinarse, siguiendo a Alexy, el inconveniente de lo poco comprensivo del criterio formal desde el artículo 27 de la Constitución colombiana, según el cual (1) “el Estado garantiza la libertad de cátedra”. La imprecisión de la que adolece esta norma es de tipo semántico y estructural. La sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales que consagra la Constitución, implica que el enunciado no puede entenderse se forma meramente descriptiva, sino que se debe concebir normativamente.

⁸³ Esta posibilidad coherente con la referida cláusula fue sometida a examen de constitucionalidad, encontrándose exequible por la Corte en sentencia C-018 de 1993.

te; se expresa de manera deóntica, es decir, acudiendo a enunciados como “puede”, “debe” o “está prohibido”.

La disposición de derecho fundamental “el Estado garantiza la libertad de cátedra”, puede expresarse también entonces así: (2) se exige que haya libertad de cátedra o (3) la cátedra debe ser libre. De estas formas se expresa la norma directamente estatuida por la disposición de derecho fundamental. La imprecisión semántica de los enunciados —tal como en este caso “libertad de cátedra”— se reduce cuando los tribunales constitucionales establecen reglas semánticas, tal como había señalado Alexy en *Teoría de la argumentación jurídica*. En Colombia se ha entendido por libertad de cátedra el derecho a que todo profesor, independientemente de su nivel o especialidad, pueda presentar un programa de estudio e investigación, así como escoger el sistema que guiará el desarrollo de la materia y determinará la forma de evaluación, que según su criterio se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos.⁸⁴

Por tanto, el siguiente enunciado expresa una norma: *Debe ser libre el programa de estudio, el sistema que guiará el desarrollo de la materia y la forma de evaluación que, según el criterio del profesor, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos*.

Antes de considerar si se trata o no de una norma iusfundamental, hay que abordar la cuestión de la *apertura estructural*⁸⁵ que caracteriza por su

⁸⁴ Derecho que sólo está limitado por la Constitución y la ley, sino también por la obligación de atender los fines de la educación, formar colombianos que respeten los derechos humanos, la paz y la democracia. Véanse sentencias T-092 de 1994, T-588 de 1998, T-314 de 1994 y T-800 de 2002.

⁸⁵ La apertura estructural de los enunciados normativos refleja la cuestión más compleja relativa al discutido carácter iusfundamental de los derechos sociales. En concreto tres problemas demandan una fundamentación dogmática, cómo reconocer un derecho social y si pueden determinarse objetivamente por vía de su interpretación constitucional —problema *cognoscitivo*—; es posible determinar judicialmente el contenido de los derechos sociales en cada caso concreto —problema *metodológico*—, y otro problema —*funcional*— que trata sobre la repartición adecuada de competencias entre el Legislativo y la justicia constitucional. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales comporta otra serie de cuestiones: son meros *postulados constitucionales* o *enunciados políticos* que consagran posibilidades y expectativas —en el mejor de los casos, mandatos destinados al legislador para que los desarrolle progresivamente—, o son verdaderos derechos fundamentales directamente exigibles por sus

falta de precisión a este tipo de normas. ¿De tal deber se deduce una obligación al gobierno o hacia alguna entidad pública a realizar acciones tendentes a promover dicha libertad?, ¿este deber implica derechos subjetivos al profesor? La Corte Constitucional se ha ocupado en parte de este asunto:⁸⁶

Considerando que el proceso educativo aparea un constante desafío a la creatividad y a la búsqueda desinteresada y objetiva de los mejores procedimientos para acceder a la verdad y compartirla con los educandos, la Constitución considera crucial proteger y garantizar el propósito de que el profesor pueda manifestar las ideas y convicciones que según su criterio profesional considere pertinentes e indispensables, lo que incluye por ejemplo la determinación del método que juzgue más apropiado para impartir sus enseñanzas.

Todo profesor con independencia del ciclo o nivel de estudios en los que desempeñe su magisterio tiene un derecho de resistencia —reconocible desde el mismo núcleo esencial de la libertad de cátedra— que consiste en oponerse a recibir instrucciones o mandatos para imprimirle a su actuación como docente una determinada orientación ideológica.

¿Son estas normas iusfundamentales, aun cuando no coinciden con la norma expresamente formulada en la Constitución ni se deducen sin más de ella? Ante tesis neoconstitucionales como la *naturaleza normativa* de la Constitución y la *fuerza vinculante* de sus provisiones, queda claro que a las normas constitucionales hay que reducirles la indeterminación cuando han de ser aplicadas a casos concretos, por lo que son necesarias normas como la que se acaban de citar. Su conexión con la disposición de derecho fundamental que garantiza la libertad de cátedra es, dice Alexy, más que meramente causal. Si no se controvirtiera el criterio formal de identificación de las disposiciones iusfundamentales al considerar este tipo de normas como iusfundamentales, no sería claro qué ordena, prohíbe o permite el texto constitucional. Más que causal, se trata entonces de una “relación de precisión” entre la norma explícita y la implícita, y de una “relación de fundamentación” entre la norma expresamente consignada en el texto, que

titulares, por lo que implican subsiguientes obligaciones jurídicas para el Estado. Consúltese Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit.

⁸⁶ Sentencia T-588 de 1998.

debe precisarse, y la norma precisante; relaciones que justifican concebir este tipo de normas como iusfundamentales.

Si bien dentro de los beneficios prácticos de las normas adscriptas se encuentra que permite descubrir nuevas normas de derechos fundamentales, la primera relación procura sobre todo distinguir entre las normas adscriptas y los “derechos fundamentales no escritos” o innominados. Estos derechos no se caracterizan por tener necesariamente, como sí lo tienen las normas adscriptas, una relación de precisión con una norma de derecho fundamental directamente estatuida.

Como la Constitución no estatuye directamente la norma en virtud de la cual se proteja y garantice al profesor la libre expresión de ideas y convicciones, y que por tanto pueda elegir el método que juzgue más apropiado para impartir sus enseñanzas, ni aquella otra norma que otorga a los profesores un derecho de resistencia para oponerse a recibir mandatos para imprimirle a su actuación como docente una determinada orientación ideológica, se trata de normas adscritas.

Las normas iusfundamentales son entonces los enunciados normativos expresamente señalados como tales en la Constitución y aquellos otros que son *adscritos* interpretativamente a una disposición constitucional de derecho fundamental.

2.5. Norma adscrita y norma directamente estatuida

La indeterminación semántica propia del lenguaje ordinario afecta naturalmente al lenguaje jurídico, pero se denomina en particular *indeterminación normativa* porque más que la falta de determinación respecto de los significados, se asiste a una variedad de significados normativos que se les pueden atribuir a las normas con estructura de principio, a las disposiciones de derecho fundamental. Los enunciados con estructura de regla, las leyes fundamentalmente, explicitan con mayor grado de concreción sus significados posibles y, por tanto, con mayor precisión se puede asignar un significado a una situación concreta y, en el mismo sentido, se pueden rechazar con mayor precisión significados inadmisibles.

Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental, las cuales se incorporan mediante argumentos en el campo semántico de otras normas fundamentales. Difieren por su grado de abstracción, ya que aquéllas precisamente concretan postulados generales y abstractos de éstas en casos normativamente más precisos. Un ejemplo es el caso de las subreglas constitucionales sobre mínimo vital, ya que de los principios generales de dignidad humana y estado social de derecho se derivó un derecho al mínimo vital que adquirió contornos normativos definidos en cada una de sus subreglas.

La forma en que un Tribunal Constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y cómo concreta los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo *normas adscriptas*⁸⁷ o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”.⁸⁸ Una de las distinciones fundamentales en la teoría de Alexy es entre normas adscrita y directamente estatuidas. Se analizan en el contexto de la estructura y naturaleza de las normas de derecho fundamental. Las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución —*normas directamente estatuidas*— o las que se crean interpretativamente y resultan de una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales —*normas adscritas o subreglas jurisprudenciales*—.

Cuando las expresiones contenidas en los enunciados que expresan derechos fundamentales se interpretan y se plantean en términos de lo que se prescriben, surgen las normas directamente estatuidas. Estas normas expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental. Lo que la disposición expresa configura entonces aquello que ordena la norma directamente estatuida. Cada disposición iusfundamental estatuye directamente sólo una norma.

Si un tribunal se encuentra en un caso concreto ante vaguedad o imprecisión en el lenguaje jurídico, tiene que desplegar el significado normativo implícito de las normas constitucionales para determinar su contenido pres-

⁸⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, pp. 66-72.

⁸⁸ Sentencias, T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001 y T-137 de 2003.

criptivo. En estas situaciones se concretan normas adscritas de derecho fundamental que se incorporan argumentativamente en el campo semántico de otras normas fundamentales. Una norma sobre derechos fundamentales es adscrita porque, si bien no está establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Una norma adscrita de derecho fundamental es aquella que, dada una determinada relación de fundamentación, se adscribe a normas existentes en las disposiciones constitucionales. En la fundamentación de esta adscripción radica la validez de la norma adscrita.

La determinación clara y vinculante de las normas adscritas de derecho fundamental, es considerada por Alexy una cuestión central en su teoría. Por ello estableció dos criterios, uno *empírico* que califica como norma adscrita a las reconocidas como tal por parte de la judicatura, y otro *normativo* que reconoce la validez institucional de la norma adscrita, además de su existencia empírica, en la medida en que para dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida sea posible proporcionar una fundamentación iusfundamentalmente correcta.⁸⁹

Una norma adscrita es válida, como norma de derecho fundamental, si es posible aducir una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales de dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida en la Constitución.⁹⁰ La validez de la norma que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se aduzca para establecer un vínculo sólido 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 Alexy, podría hablarse 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 jurídica.⁹¹ Tres argumentos explican el deber que tienen los tribunales de fundamentar la validez de las

⁸⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 103.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 127-n83. Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007.

normas adscritas: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucionalidad de las leyes, y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta.⁹² El fundamento de la norma directamente estatuida es el texto de la respectiva disposición, mientras que el fundamento de la norma adscrita, es la interpretación que parte de las normas directamente estatuidas.

Las normas adscritas de derecho fundamental son normas de origen jurisprudencial y sus efectos jurídicos son los mismos de las leyes. Adscripción no implica, como pudiera pensarse, subordinación, ya que la norma iusfundamental directamente estipulada en la Constitución y la norma iusfundamental adscrita, tienen el mismo estatus normativo.⁹³ La diferencia entre una norma adscrita y una directamente estatuida no radica entonces en su estatus normativo, sino en su especificidad, pues ésta es más general que aquélla.

Dos características distinguen a las normas adscritas: están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate.⁹⁴ Además de unificar las sentencias que se toman sobre una misma cuestión de derecho, las normas adscritas o subreglas constituyen precedentes constitucionales, contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

⁹² *Ibidem*, pp. 126 y ss.

⁹³ La teoría de la norma de Friedrich Müller es analizada brevemente por Alexy como “contrapartida” de su teoría de la norma de derecho fundamental. Sólo nos interesan algunos puntos que nuestro autor destaca de aquella teoría “pospositivista”. En primer lugar, considerar que sólo son *normas iusfundamentales* aquéllas expresamente señaladas por el texto constitucional, implica defender una concepción meramente formalista del estado de derecho. En este sentido, no hay necesariamente identidad entre norma y texto normativo porque una norma jurídica es algo más que su texto normativo y debe concebirse como un proyecto que comporta tanto lo reglado como lo que ha de ser reglado.

⁹⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 12 y ss.

Lo que un tribunal hace cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”,⁹⁵ es entonces concretar normas adscritas de derecho fundamental, o subreglas. Para presentar y justificar una subregla son esenciales cuatro pasos:

1. determinar con claridad los hechos relevantes del caso en los cuales se basó la decisión;
2. conocer la razón misma de la decisión, es decir, la parte motiva o *ratio* que guarda relación directa con la parte resolutive;
3. la propia decisión, y
4. comprobar que los hechos del caso posterior son sustancialmente análogos a aquellos propios de la subregla.

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 el juez de pleno fundamento para resolver casos concretos que tengan hechos materiales sustancialmente análogos respecto del que origina, y los que desarrollan, la subregla. La *ratio* delimita el contenido de un derecho para distinguir así su núcleo esencial de protección y propender a la garantía del derecho de quienes se encuentren en circunstancias análogas a las establecidas por la subregla.

La *ratio decidendi* de una sentencia es la parte donde se consagran los argumentos que constituyen la base para la decisión y donde se realiza la formulación general del principio que la fundamenta. Entonces no sólo es la razón del caso subexamine, sino un elemento en una subregla para la resolución de casos futuros conforme al principio de igualdad entre las personas y de coherencia judicial. Sólo la *ratio* constituye precedente y sólo esta

⁹⁵ José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la *vaguedad* y a la *inconsistencia* del lenguaje normativo; véase su libro *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 87 y 108.

parte de la sentencia tiene fuerza vinculante general para todos los casos futuros pertinentes. La *ratio* establece por sí misma una regla clara que, además, cuenta con un grado de especificidad suficiente como para establecer los supuestos a los cuales se debe aplicar a nuevos casos en tanto precedente vinculante. La *ratio* igualmente debe responder con precisión al problema jurídico que plantea el caso. Se identifica en una sentencia porque es donde se interpreta la Constitución, o la norma pertinente al caso, y sobre todo porque es donde se fundamenta el caso concreto.

Si bien la *ratio* de una sola sentencia constituye un precedente válido y obligatorio para todos los casos subsiguientes en los cuales los hechos sean analogizables,⁹⁶ se debe consolidar-explicitar la línea jurisprudencial respectiva. La *ratio* sobre una cuestión jurídica se consolida en oportunidades posteriores cuando en otros casos se reafirma de manera reiterada la regla del fallo inicial.⁹⁷ La línea jurisprudencial depura y consolida la *ratio* definida en una sentencia y aplicada en otras subsiguientes.⁹⁸ A medida que los precedentes sobre una materia determinada son utilizados como fundamento de nuevos casos, se establece una subregla que por su obligatoriedad de aplicación en casos analogizables, constituye una fuente de derecho tal como aquella proveniente del derecho legislado. Las subreglas carecen del nivel de abstracción propio de las normas constitucionales de las cuales provienen. Su estructura les posibilita aplicarse de forma general a situaciones iguales.

⁹⁶ Para determinar hasta qué punto el precedente es relevante en un caso concreto, la Corte para su propia labor así como para orientar la labor de tribunales y jueces inferiores, precisó que se deben observar tres elementos, en la *ratio* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. Sentencia T-292 de 2006.

⁹⁷ Sentencias T-1317 de 2001 y T-292 de 2006.

⁹⁸ Así como una línea jurisprudencial que consolida una *ratio decidendi* adquiere efectos de precedente, de los resultados de la ponderación que resulta entre dos principios constitucionales que colisionan en un caso concreto, quedan reglas que conforman una red cuyo rigor en la aplicación queda el que sea una red sin fisuras. Las subreglas elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales.

3. NUEVOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA DE ALEXY

Con posterioridad a sus tres principales obras, ha escrito cerca de 100 artículos donde perfecciona y sofisticada los elementos medulares de su teoría y responde algunas críticas. Señala Alexy que dentro de los principales desarrollos, se encuentran las siguientes tesis:

3.1. Doble naturaleza del derecho

Dentro de las tesis sobre la filosofía del derecho, la metateoría del derecho y el concepto y la naturaleza del derecho, se destaca la “naturaleza dual del derecho” que hace parte de esta última tesis. La característica “más esencial” del derecho es que posee una doble naturaleza: una *real* o *fáctica* y una *ideal* o *crítica*. En Alexy resulta particularmente importante describir la arquitectura de su teoría aludiendo a estas dos dimensiones del derecho, lo cual se refleja en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. La primera reúne los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento jurídico y la eficacia social, mientras que para la segunda el derecho tiene necesariamente un ideal de corrección moral. Este ideal implica una pretensión de justificabilidad conforme a principios de naturaleza moral —dignidad, igualdad, libertad, solidaridad, pluralismo, autonomía y dignidad humana...— y no sólo a la legalidad y la eficacia —como lo pensaban las concepciones positivistas del derecho—.

La necesidad de vincular las dimensiones real e ideal del derecho, deriva de dos principios contrapuestos: *seguridad jurídica* y *justicia*. El primero reclama sujetarse a aquello que ha sido establecido conforme al ordenamiento y es eficaz socialmente, mientras que el segundo exige la corrección moral. Alexy refuta a Kelsen, para quien “cualquier contenido puede ser derecho”, al articular el derecho y la moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Dentro de su concepción de la pureza metódica del derecho, Kelsen sostuvo que: “De acuerdo con el derecho de los Estados totalitarios, el Gobierno está facultado para confinar a campos de concentración a personas en razón a sus convicciones, religión o raza y forzarlas a llevar

a cabo cualquier tipo de trabajo, a pesar de que ello pueda provocarles la muerte”.⁹⁹

Para Alexy el derecho positivo sigue siendo válido aun cuando sea injusto. Sólo si se traspasa un umbral de extrema injusticia, las normas pierden su carácter jurídico —fórmula de Radbruch—. ¹⁰⁰ Los tres principales argumentos que Alexy esgrime para sustentar la conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, que a su vez se sustentan en la naturaleza ideal del derecho, son: la corrección moral del derecho, la injusticia extrema como límite último de la validez jurídica y los principios como mandatos de optimización.

La complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos reclama la presencia de la moral en el derecho, particularmente en contextos donde la incorporación constitucional de principios morales ha derribado las fronteras entre el derecho, la moral y la política. Estas fronteras tradicionalmente sólidas se han desmoronado debido, tanto desde lo jurídico a la incorporación en las constituciones de principios morales, como desde lo político, a la reivindicación de una ideología conforme a la cual estos principios deben orientar la interpretación de los textos jurídicos¹⁰¹ para cumplir en últimas con el principal fin del Estado, cuál es la realización de los derechos, y, así, con el principio más importante en una democracia constitucional, cuál es la dignidad humana. La moral ha dejado de ser un dominio individual y restringido a la conciencia individual, para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento de toma de decisiones. En Alexy fundamentalmente dos ideas expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral: la argumentación jurídica y —su relación con— la tesis del caso especial, es decir, la tesis conforme a la cual el discurso jurídico como especie del discurso práctico general.

⁹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM-III, 1982, pp. 205 y 54.

¹⁰⁰ “La injusticia extrema no es derecho”. Véase Alexy, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en Dyzenhaus, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law, The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

¹⁰¹ Dentro de los principales defensores de esta ideología se encuentra Ronald Dworkin. Véase Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2013, cap. 4.

La denominación de la “teoría de la doble naturaleza del derecho” caracteriza más adecuadamente la teoría de Alexy, respecto de la popular “teoría de los principios” que se circunscribe en concreto a la distinción entre reglas y principios, y su defensa de estos últimos como normas, planteada en la *Teoría de los derechos fundamentales*.

3.2. Representación argumentativa

Alexy planteó una original forma de sustentar jurídicamente y defender políticamente el control judicial de constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos, es decir, la facultad de los tribunales constitucionales para derogar actos del gobierno y del Congreso. Como los derechos fundamentales son principios, y estos son mandatos de optimización, el principio de protección exige lograr su mayor realización posible. La representación argumentativa constituye el argumento procedimental para establecer la legitimidad política y corrección moral que debe ostentar esta protección cuando un tribunal desarrolla jurisprudencialmente la densidad normativa de la Constitución y constitucionaliza materialmente el ordenamiento jurídico. El control constitucional se justifica sobre la base de la teoría de los principios y de la teoría de la representación popular argumentativa. Se legitima no sólo porque protege los presupuestos de la democracia, como se suele argüir, sino porque protege todos los derechos fundamentales.

Alexy reconoce que el control judicial interfiere con la legitimidad democrática del parlamento, pero la cuestión es determinar el grado de tal interferencia respecto de la importancia de satisfacer el principio de protección. Además de su función de legislación negativa declarando inexecutable normas proferidas por el Congreso, los tribunales desempeñan una labor activista de naturaleza positiva al impartir órdenes concretas o realizar exhortos sobre acciones que deben tomarse para garantizar determinados derechos. Sin embargo, en un Estado que reconoce en su Constitución que “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” (art. 3), la legitimidad del control judicial está supeditada también a su emanación popular, a su articulación con la democracia. La representación que ejerce el Congreso es democrática debido a la posibilidad

popular de ejercer control para la elección y reelección en comicios libres y generales. La representación argumentativa procura legitimar el control judicial y compatibilizarlo con la democracia. El débil vínculo electoral entre el pueblo y el tribunal, porque el mecanismo de elección de sus magistrados involucra a las ramas con legitimidad democrática, naturalmente no es suficiente para legitimar dicho control.

La representación democrática no está únicamente relacionada con la realización de elecciones. Para no incurrir en el error de defender una concepción democrática puramente decisionista o agregativa donde el factor determinante sea la realización de elecciones y el respeto a la regla de mayorías, se debe incorporar la variable argumentativa como soporte de la legitimidad del proceso de toma de decisiones. La representación que ejerce el Congreso debe ser decisionista y argumentativa.¹⁰² Por su parte, la naturaleza de la representación popular por parte de un tribunal es “puramente argumentativa”, porque el pueblo no puede ejercer control sobre la elección o remoción de sus miembros. Para la representación se requieren la argumentación, la existencia de buenos argumentos y la corrección moral, así como un grado de aceptación real de las decisiones. El punto de partida es la argumentación jurídica, los derechos constitucionales y el principio de proporcionalidad.

Un concepto adecuado de representación debe articular lo normativo, lo fáctico y lo ideal, al incorporar lo moral e ideal con lo real e institucional siguiendo la concepción de la doble naturaleza. Las condiciones que Alexy establece para lograr una adecuada representación argumentativa, son: la existencia de argumentos razonables y la existencia de un número suficiente de personas dispuestas a aceptarlos sobre la base de su razonabilidad. “La existencia de control de constitucionalidad permite institucionalizar, mejor que si no lo hubiera, la razón y la corrección a partir de la existencia de argumentos correctos y razonables, y de personas racionales”.

¹⁰² En Colombia es válido incluso hablar de una representación popular no electoral debido al tipo de decisiones que toma la Corte, a su enfoque teórico y a su fundamentación. Muchas veces decisiones sobre temas moralmente complejos se sintonizan más con la voluntad del votante medio, respecto de las decisiones del Congreso.

3.3. Existencia de los derechos humanos

Los *derechos humanos* constituyen la base del ordenamiento normativo en la primera propiedad definitoria ac la sociedad. Son *derechos morales* debido a su especial importancia. Esta es erca de su existencia. Las otras propiedades son: *universalidad*, *fundamentalidad*, *abstracción* y *prioridad* por sobre los demás tipos de derechos. Los derechos humanos también tienen una doble naturaleza: la real al momento de su positivización, y la ideal que existe de manera independiente a este hecho. La positivización de los derechos humanos, es decir, su transformación en derechos fundamentales, constituye el esfuerzo por articular las dimensiones real e ideal del derecho. La validez de los derechos humanos radica en su corrección moral, mientras que la validez de los derechos constitucionales, en su positivización.

Los derechos humanos se positivizan entonces para lograr su mayor protección al dotarlos de una naturaleza institucional. El control judicial procura amparar el derecho de protección de los derechos morales. Esta es la razón por la cual el control judicial puede justificarse a partir de razones morales. La determinación de la validez de los derechos humanos —que integran la dimensión ideal del derecho— es un requisito para su existencia. Y como los derechos morales son válidos sólo si son justificables, la existencia de los derechos humanos depende de la posibilidad de justificarlos. Para ello sirve de sustento la teoría del discurso. Dentro de las prácticas humanas esenciales se encuentran el cuestionar, preguntar y argumentar. En su protección están consagrados los valores de la igualdad y la libertad, que son la base de los derechos humanos. Por esta razón Alexy sustenta que su justificación está basada en la teoría del discurso. “Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo, lo cual a su vez implica reconocerlo como persona. Reconocerlo como persona es atribuirle dignidad, lo cual significa reconocer sus derechos humanos”.¹⁰³

Relevante en este punto la idea contemporánea de las funciones de los derechos fundamentales. Se concibieron originalmente, en Inglaterra (1215, 1628 y 1689), Francia (1789) y Estados Unidos (1791), como de-

¹⁰³ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 1995.

rechos frente a la monarquía o el poder. A principios del siglo xx surgió, con la consolidación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la concepción de la positivización de los derechos sociales. En la actualidad la mayoría de catálogos de derechos incluyen los clásicos de libertad, pero también los sociales. Además de los derechos de libertad y de defensa del ciudadano frente al Estado, se defiende el efecto horizontal de los derechos fundamentales y el criterio de goce efectivo de los derechos como estándar para demandar la protección de derechos sociales en determinadas circunstancias.

4. CONTENCIÓN A LA HIPERCONSTITUCIONALIZACIÓN MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN

La “validez formal” y la “densidad normativa material” son dos características de la Constitución que determinan, tanto la *naturaleza* como el *alcance* de los problemas que surgen por las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho ordinario.¹⁰⁴ La Constitución tiene validez formal porque, por ejemplo respecto a la Constitución colombiana, se trata de “la norma de normas”, por lo cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (art. 4º). La Constitución tiene validez formal en tanto norma jurídica y, por tanto, es vinculante para todos los poderes públicos y para los particulares. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte Constitucional para resguardar su integridad y supremacía, controlando así esa vinculación en el desarrollo de sus funciones.¹⁰⁵

El revestimiento a la Constitución de la máxima “validez formal” comporta relativamente pocos problemas, toda vez que la “densidad normativa material” se determine con claridad.¹⁰⁶ El constituyente de 1991 pretendió infructuosamente delimitar la densidad material que iban a adquirir las

¹⁰⁴ Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

¹⁰⁵ Descritas en el art. 241 constitucional.

¹⁰⁶ Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario...”, *cit.*

normas constitucionales respecto del ejercicio de la Corte, estableciendo en el artículo 241 que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución se daría “en los estrictos y precisos términos de este artículo”, es decir, decidiendo sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad y sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, etc., pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.¹⁰⁷

Desde el inicio de la jurisdicción constitucional en 1992, se ha asistido a una expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia, entre otros fenómenos, con el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la garantía a los clásicos derechos de libertad así como a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado, la vinculación de los tres poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales y la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico.

Los efectos horizontales de los derechos fundamentales es una característica explicativa del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales. Al establecer la acción de tutela en su artículo 86,¹⁰⁸ la Constitución de 1991 se ocupó de la procedencia de las garantías en casos de violación de derechos fundamentales. En particular, el último inciso estableció que por ley serían establecidos los casos en los que la tutela procedería contra particulares encargados de prestar un servicio público o cuya conducta afecte de forma grave el interés colectivo. Originariamente sólo en casos taxativos se podía impetrar mediante tutela la garantía respecto de particulares de los derechos fundamentales. Al ser sometido a examen de constitucionalidad el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela, la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, véanse los problemas que comporta la doctrina de la reforma y la sustitución de la Constitución. Ramírez Cleves, Gonzalo, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo”, en *Revista Derecho del Estado, Nueva serie*, Universidad Externado, núm. 18, jun, 2006, Bogotá.

¹⁰⁸ El desarrollo jurisprudencial de esta normativa ha sido enorme. Por ejemplo, en la década comprendida entre 1992 y 2002, se profirieron 6 455 tutelas.

sólo respecto de algunos derechos. La actuación de privados que vulneren un derecho o comprometan su garantía se enfrenta entonces con tutela. Al examinar la conformidad constitucional de los apartes del artículo 42 del referido decreto, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental.¹⁰⁹

En una sentencia que imponía dos restricciones a la práctica del derecho fundamental —el demandado era una compañía privada que prestaba un servicio de correo y se le imputaba la violación de un derecho que, como es el de petición,¹¹⁰ sólo es exigible frente al Estado—, sostuvo la Corte que por autoridades públicas deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o de decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen o afecten a los particulares. Como el de correos es un servicio público de interés general, el particular que lo presta adquiere el carácter de autoridad. La norma adscripta que elaboró y ha seguido la Corte al respecto puede sintetizarse en los siguientes términos: “El particular que presta cualquier servicio público se considerará autoridad pública cuando por su actividad ejerce poder de mando o de decisión a nombre del Estado”. Al considerarse autoridad pública, los privados son entonces destinatarios de tutela.

¹⁰⁹ Sentencia C-134 de 1994. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos fundamentales que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe. Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular (T-507 de 1993).

¹¹⁰ La Constitución colombiana consagra un derecho, en su artículo 23, en virtud del cual los ciudadanos pueden presentar peticiones a las autoridades para que les sea suministrada información sobre situaciones de interés general y/o particular. En caso de no recibir respuesta en un plazo de 15 días, el peticionario puede presentar tutela por la violación de tal derecho el cual, a juicio de la Corte, es una manifestación directa del derecho de participación y conlleva la posibilidad de que “las personas puedan dirigirse a las autoridades públicas u organizaciones privadas, en interés particular o general con el fin de presentar solicitudes respetuosas y esperar una respuesta clara y precisa del asunto presentado a su consideración en del término legalmente establecido. En virtud de lo anterior, la esencia del derecho de petición comprende algunos elementos: (i) pronta resolución, (ii) respuesta de fondo, (iii) notificación de la respuesta al interesado” (T-814 de 2005).

La eficacia horizontal, o hacia particulares, de los derechos fundamentales constituye una cuestión controvertida en el derecho público contemporáneo, particularmente en la edificación y paulatina consolidación de la dogmática de los derechos fundamentales. Esto se explica entre otras cosas porque comporta la cuestión misma por el alcance de tales derechos y sus implicaciones en la vida social. Manuel José Cepeda sintetiza como forma de “redistribución del poder social” uno de los mayores atributos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales,¹¹¹ ya que la práctica jurisprudencial ha mostrado ser una forma eficaz de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras.¹¹²

La expansión de los contenidos constitucionales ha comportado la constitucionalización material del ordenamiento jurídico.¹¹³ La “dogmática de los márgenes de acción” constituye precisamente una forma para lograr la adecuada constitucionalización de un ordenamiento jurídico determinado, porque permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las tres ramas del poder.

La deseable constitucionalización se balancea en un equilibrio muchas veces inestable entre dos riesgos indeseables: la sobreconstitucionalización en virtud de la cual todo el derecho estaría en la Constitución —como si fuera un “huevo jurídico originario”, según la expresión crítica de Forsthoff— y la infraconstitucionalización que tornaría inocua la fuerza vinculante de la Constitución y valor normativo de los derechos, así como las competencias de la Corte Constitucional.¹¹⁴ El objetivo de la construcción de una dogmá-

¹¹¹ Cepeda, Manuel José, *Polémicas Constitucionales*. cit., pp. 104 y 238.

¹¹² En el contexto constitucional anglosajón se ha estudiado la noción de *horizontal effect* y se ha introducido la idea de la *privatisation of human rights*.

¹¹³ Aspectos explicativos de este fenómeno son: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, los efectos extendidos de la acción de tutela a todos aquellos en la misma situación, la creación de derechos constitucionales innominados en virtud de la interpretación sistemática de la Constitución y la transformación de los derechos en principios de la máxima jerarquía que regulan no sólo las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también entre los mismos particulares.

¹¹⁴ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

tica de los márgenes de acción es precisamente encontrar la medida correcta de la constitucionalización.

Sería particularmente problemático si la densidad normativa material de la Constitución se torna indeterminada o ilimitada. Si bien se han cometido errores y hay peligros que constantemente asechan el trabajo de la jurisdicción constitucional, en Colombia ha sido en general adecuada la constitucionalización del derecho¹¹⁵ y la sujeción a los derechos fundamentales de los poderes públicos. No adolecemos de sobreconstitucionalización que como insiste Alexy debe ser evitada tanto como la infraconstitucionalización.¹¹⁶ Debido a que la Corte tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos es la realización de los derechos, el progresismo no sólo es admisible, sino también deseable.

En el contexto de un derecho constitucionalizado y ante reiteradas críticas de activismo y progresismo jurisdiccional —y antes de referir a dicha dogmática—, hay que precisar que la Constitución es al tiempo un “orden marco” y un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco porque establece un marco —dentro del cual puede actuar el legislador— que está erigido por lo prohibido, que se torna *constitucionalmente imposible*, y por lo ordenado, que es lo *constitucionalmente necesario*. Lo discrecional es lo que está dentro de los márgenes establecidos por ese marco, que es entonces lo *constitucionalmente posible*. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción.¹¹⁷ El concepto de Constitución como orden marco es compatible sólo con el orden fundamental en sentido cualitativo. La Constitución prohí-

¹¹⁵ Sobre la constitucionalización del derecho penal, véase la sentencia C-038 de 1995; sobre la constitucionalización de los principios tributarios y la responsabilidad objetiva la C-690 de 1996; y sobre la constitucionalización del derecho procesal la C-131 de 2002.

¹¹⁶ Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario-Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *cit*.

¹¹⁷ La constitución es un orden fundamental desde dos puntos de vista: *cuantitativo* si llegase a tener previsto para todo un mandato o una prohibición, o sea, si no estableciera en absoluto la posibilidad de la discrecionalidad —la constitución como el huevo de Forstthoff—; y es un orden fundamental *cualitativo* si resuelve las preguntas consideradas fundamentales por una sociedad en un momento determinado.

be y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La dogmática de los márgenes de acción permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las tres ramas del poder. La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la Constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco sin incurrir en la que Sunstein denomina la “falacia del activista”, según la cual si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición.¹¹⁸ La comprensión adecuada de la Constitución como orden fundamental y orden marco, significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado —constitución como orden fundamental cualitativo—, y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional —Constitución como orden marco—.

Desde el inicio de la actividad jurisprudencial, la Corte empleó varios tipos de exámenes de constitucionalidad dentro de los que se destaca el *test* de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte).¹¹⁹ Fue también receptada tempranamente una idea de margen de acción normativa de que goza el legislador, usando los conceptos *margen de configura-*

¹¹⁸ Sunstein, Cass, *Radicals in Robes*, Nueva York, Basic Books, 2005.

¹¹⁹ Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de las leyes”, en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005. Cepeda, M. J., *Polémicas Constitucionales*, cit.

ción,¹²⁰ facultad legislativa,¹²¹ margen de apreciación¹²² y campo de configuración normativa.¹²³

Alexy distingue entre *márgenes de acción cognitivos* y *márgenes de acción estructurales*, que son el fundamento de la dogmática de los márgenes de acción. La Corte tiene presentes tanto los contenidos constitucionales materiales, como sus límites y falta de certeza. El margen de acción cognitivo surge por los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución ordena y prohíbe, y lo que no ordena ni prohíbe. La incertidumbre responde a *causas empíricas* o *normativas*. El margen de acción estructural se define por la ausencia de mandatos o prohibiciones, es decir, por la confianza a los poderes públicos en el ejercicio de la función discrecional. Este margen comienza donde termina la normativa material de la Constitución, porque constituye lo que la Constitución ha establecido como discrecional. Expresa el carácter limitado del contenido material de la Constitución, en tanto se erige en los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe. En el interior del margen está lo librado a la discrecionalidad.

Hay tres tipos de márgenes de acción estructurales: para la determinación de fines (i), para la elección de medios (ii) y para la ponderación (iii). Cuando un derecho constitucional no precisa las razones para intervenir y propender por su realización, se pueden determinar los fines y la medida de su realización (i). Determinado el fin, se cuenta con discrecionalidad para elegir entre los medios igualmente idóneos para su consecución (ii).

¹²⁰ Sentencias C-272 de 1994, C-803 de 2009, C-1061 de 2008, C-597 de 2010 (intervenciones del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Comercio, además del problema jurídico planteado), T-218 de 2004, C-791 de 2006, C-1025 de 2001, C-468 de 2008, C-403 de 2007, C-1065 de 2008, C-568 de 2004, C-378 de 2008, C-788 de 2009, C-243 de 2006, C-428 de 2002, C-692 de 2008, C-1003 de 2005, SU-975 de 2003, C-561 de 2004, C-1264 de 2005, C-800 de 2008, C-007 de 2002, C-246 de 2006, C-173 de 2006, C-103 de 2005, C-369 de 2006 (citando las sentencias C-871 de 2002, C-568 de 2004 y C-423 de 2005). La sentencia C-945 de 2003 cita intervención del Ministerio de Hacienda en sentencia C-341 de 1998.

¹²¹ Sentencias C-010 de 2002, C-230 de 1996 y C-185 de 1997.

¹²² Sentencias T-052 de 1996, C-071 de 2009, C-026 de 1998, T-573 de 1997, C-802 de 2000, C-233 de 1997 ("margen de apreciación" y facultades oficiosas de la Superintendencia de Sociedades). C-333 de 2001, C-204 de 2001, C-424 de 2006, C-521 de 1999, C-226 de 2002 y C-1252 de 2001 (margen del gobierno).

¹²³ Sentencias C-1194 de 2008 y C-1074 de 2002 (concepto del Procurador).

Si entre los medios hay algunos que tienen efectos perjudiciales sobre otros fines o bienes constitucionalmente legítimos, resulta forzoso articular estos dos márgenes con el margen para la ponderación (iii).

Como criterios para establecer un marco constitucional, los dos primeros márgenes exigen la máxima realización posible de los derechos en el caso concreto, mejorando una posición sin que ello implique la desmejora de otra. El tercer margen se concreta en la conocida fórmula de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Las críticas a la ponderación por su irracionalidad radican en la presunta imposibilidad de realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención, así como sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.

La fórmula de la ponderación requiere entonces definir el grado de afectación —por acción o inacción— de uno de los principios, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y finalmente ponderar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica o no la afectación del otro. Se usa la escala de leve, medio y grave.

Un ejemplo consistente en la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con fotos de enfermedades causadas por el consumo de tabaco, ilustra la posibilidad de concebir una ordenación válida de tales grados. Supóngase que un comerciante demanda la constitucionalidad de dicha ley arguyendo una afectación en la libertad de escoger profesión u oficio, y en el derecho al trabajo porque la venta de cigarrillos se puede ver afectada por la implementación de dicha medida. De un lado, son altos los riesgos para la salud asociados al tabaquismo, por lo que el peso de las razones que justifican la ley es alto. De otro lado, la foto del cigarrillo consumido que se relaciona con la disfunción eréctil o las fotos de la enfermedad dental o pulmonar ocasionadas por fumar, son intervenciones medias o incluso leves en la libertad general de acción del fumador. Un impedimento como la restricción de adquirir cigarrillos en lugares determinados o la imposibilidad de fumar a determinadas horas o en sitios muy restringidos, sería catalogado en cambio como una afectación alta. En este caso, entonces, fijados

como alto el grado de importancia de la razón que justifica la intervención, y como leve la intensidad de la intervención, resulta sencillo establecer el resultado de la ponderación.

Un caso citado por Alexy, donde se pondera la libertad de expresión y el derecho a la personalidad, ilustra también la cuestión.¹²⁴ Una revista satírica alemana, *Titanic*, se refirió como “asesino nato” y “tullido” a un ciudadano parapléjico que había presentado un amparo al Ejército porque, a pesar de estar enrolado en la reserva, no lo habían convocado, por su condición, a un ejercicio militar. El oficial demandó y el tribunal de instancia falló a su favor ordenando indemnizarlo. La revista apeló ante el Tribunal Constitucional interponiendo un recurso de queja. El Tribunal Constitucional, primero, definió como grave el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión de *Titanic* por la condena a una indemnización. Luego examinó el insulto como asesino nato en el contexto del tipo de publicación que se trata y encontró que se trataba de una afectación media, incluso tal vez sólo mínima en el derecho a la personalidad. Como la afectación es media, la importancia de proteger tal derecho en este caso, es media. La primera parte de la sentencia se decide, según esta gradación, considerándose injustificada la condena a la indemnización por daño personal, ya que la afectación de un derecho es grave mientras que la importancia de proteger el otro es media. La injerencia en la libertad de expresión es, por tanto, desproporcionada.

En la segunda parte de la sentencia se decidió de forma distinta. Llamar al oficial “tullido” es una humillación que lo lesiona en su personalidad, en su honor, de forma “grave”. Por tal razón, es alta la importancia de proteger tal derecho en este caso mediante la imposición de una indemnización por daño moral. Aquí la grave afectación del derecho a la libertad de expresión de *Titanic*, se contrapone con una alta importancia de proteger la personalidad del oficial. La grave intromisión en la libertad de expresión, consistente en la indemnización, está compensada por la gravedad equiparable

¹²⁴ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

del atentado contra el derecho al honor.¹²⁵ En consecuencia, el recurso de queja prosperó sólo respecto del segundo cargo, donde se encontró que la injerencia en el derecho de la revista no era desproporcionada.

¹²⁵ Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed, Madrid, CEPC, 2007.

III. ACTIVISMO JUDICIAL Y CONSTRUCCIÓN DE MÁRGENES DE ACCIÓN AL LEGISLADOR COLOMBIANO

Las Constituciones, con amplios catálogos de derechos y mecanismos judiciales para su protección, han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. La consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, ha tornado cardinal en el sistema jurídico colombiano los problemas relacionados con la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados.

En el contexto de la constitucionalización del derecho y a partir de una labor activista del Poder Judicial, la Corte Constitucional ha proferido sentencias que pueden dividirse en dos periodos que corresponden con dos momentos fundamentales del cambio de magistrados. Así, desde 1992 y hacia el año 2000 —lo cual corresponde con el primer periodo de existencia de la Corte—¹²⁶ se reafirmó esencialmente la naturaleza de los derechos fundamentales como principios y se empezaron a tomar decisiones que enfrentaban el formalismo que hasta entonces caracterizaba al derecho colombiano, tales como las que, mediante el mecanismo de la conexidad, ampararon derechos sociales cuando su vulneración afectaba un derecho

¹²⁶ La Corte Constitucional Colombiana empezó a funcionar en 1992 y, conforme al artículo 239 constitucional, sus magistrados son elegidos para periodos individuales de ocho años.

fundamental. Desde 2001, pero sobre todo a partir de 2004, se empezaron a tomar decisiones que establecían expresamente una doctrina de los márgenes de acción al Legislativo ante casos de omisiones legislativas relativas o absolutas que involucraban particularmente algún grado de afectación a derechos constitucionales.

1. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La idea de *activismo judicial* no es fácil de definir. Como sucede con otros conceptos de reciente acuño —multiculturalismo, neoconstitucionalismo, democracia deliberativa, posmodernidad...—, puede significar muchas cosas para diferentes personas en un rango que oscila desde la concepción peyorativa del concepto, que se usa como arsenal crítico en contra de académicos y magistrados, hasta su concepción elogiosa que se utiliza para destacar logros alcanzados por sentencias progresistas. Como afirmó el destacado juez estadounidense, Frank H. Easterbrook: todos desprecian el activismo judicial... que concepto tan resbaladizo.¹²⁷ O como sostuvo el magistrado de la Corte Suprema estadounidense, Anthony Kennedy, que un tribunal activista es sencillamente un tribunal que toma una decisión que a usted no le gusta.¹²⁸

Si bien al concepto no se hace referencia necesariamente en la actualidad de manera crítica o peyorativa, conviene señalar que ese fue el matiz o la acepción con la cual se acuñó originalmente cuando políticos conservadores estadounidenses se refirieron a la práctica de los magistrados liberales que derogaban leyes estatales y nacionales —entre ellas las que criminalizaban el aborto y la sodomía homosexual— para crear lo que los liberales consideraban una sociedad más justa.¹²⁹ En el *Black's Law Dictionary* el activismo judicial se define como una filosofía de la toma de decisiones judi-

¹²⁷ Easterbrook, Frank H., "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?", en 73 *University of Colorado Law Review* 1401, 2002.

¹²⁸ Lewis, Frederick P., *The context of judicial activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

¹²⁹ Véase, entre otros, Horwitz, Morton, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Nueva York, Farrar, Staus & Giroux, 1999. Compston, Christine y Warren, Earl, *Justice for All*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

ciales a partir de la cual los jueces permiten que sus perspectivas personales sobre la política pública, los principios y el derecho constitucional, entre otros factores, guíen sus decisiones, en el sentido que los fundamentos de la decisión pueden ser las consideraciones morales o políticas personales del juez, en vez del derecho legislativo, jurisprudencial o aquel internacional que sea vinculante.

La distinción entre una decisión ordinaria y una decisión activista radica fundamentalmente en el tipo de órdenes que imparte o la clase de control que ejerce. Por ejemplo, se definen como activistas las decisiones sobre derechos de los presos, separación de iglesia y Estado, aborto y segregación racial en las escuelas públicas, que tomó la Corte Suprema estadounidense en el periodo conocido como la “Corte Warren” (entre 1953 y 1969).¹³⁰ Asimismo constituyen ejemplos de decisiones activistas las que tomaron jueces en la India sobre el acceso a la justicia por parte de los pobres e indigentes mediante litigio de interés público, en Sudáfrica los casos sobre acceso a albergues de emergencia y a medicamentos a pacientes con VIH, y en Colombia las relativas al acceso a servicios de salud, a los derechos para las parejas del mismo sexo y a la protección de la población víctima del delito de desplazamiento forzado interno.

Se suscribe en cambio la concepción, central en el discurso constitucional contemporáneo, en virtud de la cual las buenas formas de activismo le otorgan una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica-

¹³⁰ El periodo inmediatamente posterior, conocido como la Corte Burger (1969 - 1986), también se destacó por su activismo progresista en materias como libertades religiosas —Engel *vs.* Vitale (1962) y libertad de expresión (primera enmienda)—. Dos de las sentencias más trascendentales de la Corte Suprema en su historia se adoptaron durante la Corte Burger, sobre derechos civiles, Brown *vs.* Board of Education (1954) y la extensión del derecho a la intimidad para cobijar el derecho al aborto, Roe *vs.* Wade (1973). Véase Schwartz, Herman, *The Burger years*, Nueva York, Viking Press, 1987. Lamb, Charles M. y Halpern, Stephen C. (eds.), *The Burger Court. Political and Judicial Profiles*, Urbana, University of Illinois Press, 1991. A partir de este último queda la imagen de que la Corte Burger fue una Corte de transición entre la activista y liberal Corte Warren y la conservadora Corte Rehnquist.

ca".¹³¹ No se elude el hecho de que cada juez o doctrinante tiene una idea acerca del derecho, adopta una posición política y tiene valoraciones morales, los cuales necesariamente impregnan sus respectivas interpretaciones del derecho. Más bien se sustenta que la legitimidad del derecho radica en la posibilidad de justificar tales juicios y fundamentarlos mediante sólidas argumentaciones jurídicas.

En un país sin Constitución garantista y sin Tribunal Constitucional que ejerza algún tipo de control —concentrado, difuso o mixto—, es fácil atacar a los magistrados activistas por usurpar las competencias de las otras ramas del poder público, sobre todo de aquellas con representación democrática. En este contexto es más sencillo reclamar restricción judicial cuando se presentan decisiones proactivas y garantistas donde se imparten órdenes complejas. Pero en países como Colombia la experiencia ha demostrado a través de sentencias como aquellas que ampararon derechos de poblaciones marginadas o desfavorecidas —presos, defensores de derechos humanos, víctimas de desplazamiento forzado interno y pobres sin acceso a plan integral de salud—, que un buen juez debe ser un juez activista. Un juez que busca una transformación dentro del respeto a las leyes, que mira el sentido de una norma dentro de la dinámica realidad social, que entienden cuáles son los valores democráticos que dichas leyes buscan preservar. Para el expresidente Gaviria, quien convocó a la constituyente de 1991, "una nueva concepción del derecho ha permitido criticar el excesivo formalismo y señalar a los juristas como símbolos de la rigidez del ritualismo. (...) Que el derecho no sea un obstáculo para los cambios, sino un instrumento de la renovación pacífica".¹³² El activismo debe ser, pues, progresista.

Si bien el activismo judicial ha sido comprendido tradicionalmente de manera peyorativa, sobre todo en el contexto anglosajón, y algo de esa narrativa ha influido en la academia latinoamericana, esta investigación se inscribe en la tradición que se ha venido generalizando en virtud de la cual, como

¹³¹ Alexy, Robert, "Mi teoría del derecho", Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado *honoris causa*. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

¹³² Gaviria, César, "El nuevo derecho", en *Quaestiones Juridicae*, Universidad Javeriana, núm. 1, jun, 1993.

refleja el caso colombiano, el activismo judicial no es en sí negativo, sino que hay buenos y malos tipos de activismo.

Además, conviene precisar que si bien todo progresismo es activista, no todo activismo es progresista. El progresismo siempre es activista porque implica trabajar y actuar en procura de alcanzar grados de progreso individual y grupal en el contexto de derechos y principios como la igualdad, la libertad y la justicia. Reúne ideologías de centro izquierda y centro derecha contrarias al *statu quo* del conservadurismo de derecha. El progresismo en política es entonces activista, reformista y pragmático. Ejemplos de progresismo son los derechos civiles y sociales, la separación Iglesia-Estado y la igualdad de género.

Puede haber, en contraste, activismo *no progresista* o *regresivo*, es decir, un activismo en procura de recuperar tradiciones sociales y culturales relacionadas con el sexo, las libertades y la igualdad, por ejemplo, que no procuren lograr mayores grados de progreso. Ejemplos de activismo regresivo se encuentran, en Colombia, en el ejercicio de la potestad disciplinaria del procurador general de la Nacional en Colombia que se ha opuesto al matrimonio entre parejas del mismo sexo y a la interrupción voluntaria del embarazo. En Estados Unidos hay también ejemplos de decisiones tomadas por la Suprema Corte en este sentido.¹³³

En Colombia mediante sentencias polémicas, como la que declaró inconstitucional la ley que convocaba a un referendo para decidir sobre la segunda reelección presidencial, el activismo se ejerce a partir de un tipo de control constitucional que en general ha sido calificado de riguroso e

¹³³ Sobre las que puede consultarse el análisis crítico de Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, García Jaramillo, Leonardo y Carbonell, Miguel (eds.), 2ª ed., México y Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Sobre el activismo conservador y retardatario durante la era Reagan, véase, Post, Robert; y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Leonardo García Jaramillo ed. y trad., Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. García Jaramillo, Leonardo, "¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático", en *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, vol. 60, núm. 2, may-ago, 2015. En este sentido, Sousa Santos ha sostenido que, "hasta hace muy poco[,] los ejemplos más conocidos de activismo judicial eran políticamente conservadores, por no decir reaccionarios". Sousa Santos, Boaventura de, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en AA. VV., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 85.

independiente de la voluntad mayoritaria.¹³⁴ Se ha tendido hacia el fortalecimiento del sistema de frenos y contrapesos institucionales. Quienes sustentan la filosofía de la restricción judicial, es decir el activismo regresivo, lo que añoran realmente es la mayor deferencia que los jueces le prestaban en antaño a la voluntad mayoritaria representada en la ley. La crítica al activismo judicial parece estar fundada, tanto en la afectación de las competencias de los órganos con representación democrática para crear derecho, como en la nostalgia por un control formal menos estricto por parte del juez constitucional.

El fundamento de la crítica es desestimable a partir del consenso al que se ha llegado a partir de la segunda posguerra conforme al cual democracia en la actualidad no sólo significa respaldo mayoritario a una determinada medida, es decir, fue superada por su propia historia la idea de *demos-cratos* es decir, de “gobierno del pueblo”. El adjetivo “constitucional” que se le agregó a la doctrina política conocida “democracia”, significa que reconocer la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, implica que se constituyen en los límites, los diques, por donde debe fluir el poder político con toda su fuerza. Una democracia constitucional debe contar con los mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular.

Una Constitución, como advierte Ferrajoli, “no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (...) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”.¹³⁵ Desde una perspectiva eminentemente agrega-

¹³⁴ Este criterio asimismo orientó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando falló el caso *Gelman vs. Uruguay* en 2011 contra la voluntad popular que, en dos ocasiones, había decidido mediante referendo mantener vigente la ley que impedía que fueran llevados a juicio perpetradores de graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

¹³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América La-*

tiva, populista o mayoritaria, una democracia constitucional puede llegar a ser en muchos casos antimayoritaria.

Ninguna directriz política ni ningún objetivo social pueden sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general debe estar supeditado al respeto de los derechos de todos. La legitimidad de las opiniones sustentadas en la esfera pública es dependiente de los derechos individuales. Para Rawls, “no importa cuán eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros”.¹³⁶

Hemos alcanzado un grado importante de consenso en torno a la idea de que la democracia no sólo significa mayorías, sino también respeto a los derechos minoritarios y a las reglas de juego democrático. Las decisiones políticas al interior de democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos antimayoritarias. Una democracia constitucional no es un régimen que se basa entonces en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras de la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. Madison precisamente distinguía entre tiranía mayoritaria y democracia basada en una Constitución. Ofende a las concepciones más citadas del constitucionalismo actual, tales como aquéllas reunidas dentro del

tina, México, Siglo XXI, 2002, p. 203. Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales se ubican en “la esfera de lo indecible”, a lo cual otros autores se han referido como el “coto vedado” (Garzón Valdés) o como el “terreno intocable” (Bobbio).

¹³⁶ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 3. El planteamiento de Rawls al respecto gira en torno a la imposibilidad de fundamentar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría, ya que la justicia no está sujeta a las transacciones y el provecho de unos, así sean mayoría ni puede darse nunca en detrimento de otros, por pocos que sean.

movimiento neoconstitucionalista, el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática.¹³⁷

Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática. La democracia, desde que no es ya la configuración rousseauiana de la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales la posibilidad de que las distintas facciones puedan llegar a tener juego dentro de la institucionalidad. La competencia electoral debe desarrollarse de forma tal que no sólo el partido en el poder tenga posibilidades de ganar, con la correlativa posibilidad de alternancia en el poder político. Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno, de la mayoría, sometido al estado constitucional de derecho, es porque se deben establecer límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo. Así es como hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las Constituciones expedidas desde la segunda posguerra, cuando la historia conoció los excesos que se cometieron en virtud de procedimientos hasta entonces ampliamente considerados democráticos.

En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria. Acuerdos con amplios apoyos mayoritarios pueden asfixiar una democracia constitucional tanto como un régimen dictatorial.¹³⁸ El concepto “democracia constitucional” trasciende la noción puramente formal de democracia y el tipo estrictamente procedimental de Constitución. El concepto significa sobre todo que las democracias, que la organización social y la forma de gobierno, se fundan en una Constitución política con determinadas características. Los elementos medulares de la democracia constitucional son aquellos propios de la democracia política, como el derecho al voto igual, el principio

¹³⁷ Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos —igual participación en la toma de decisiones públicas—; sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos, problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, parte cuarta.

mayoritario y la pluralidad de los partidos políticos, y una articulación entre el constitucionalismo clásico liberal y el constitucionalismo contemporáneo, tales como, de un lado, la regla de mayorías, la división de poderes, la rigidez constitucional y el sistema de frenos y contrapesos institucionales, y, de otro, la naturaleza normativa de la constitución, la fuerza vinculante de los derechos, el control judicial de constitucionalidad, los principios constitucionales de naturaleza moral, la amplia y protegida participación política, la protección de las minorías —y como destaca Loewenstein sobre todo de aquellas que defienden opiniones políticas impopulares—, la positivización constitucional de los derechos humanos y la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. La garantía y posibilidad de ejercicio de los derechos son elementos distintivos de la legitimidad del poder estatal. La *fuerza de legitimación* de la democracia radica en el respeto a las normas constitucionales.

En el constitucionalismo contemporáneo la división de poderes está no sólo consagrada, sino también supervisada por instituciones que al tiempo comportan la garantía jurisdiccional de la Constitución, tales como los tribunales constitucionales, y complementada con un sistema integrado por órganos de control que regulan aspectos centrales para la estabilidad y funcionalidad de la democracia —con diferencias contextuales, se destacan: defensorías del pueblo, banca central, control fiscal y la regulación electoral de la organización y de la competencia entre los partidos políticos—. En el contexto de la configuración de la democracia constitucional se crean tribunales para proteger la integridad y supremacía de la Constitución y el respeto por los derechos y garantías de las minorías del poder de las mayorías. Muchos países han establecido tribunales independientes para velar por el efectivo cumplimiento de los derechos y principios que no necesariamente valen por la prevalencia de la voluntad mayoritaria. Dworkin en este sentido sostuvo una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente al gobierno o las mayorías que detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana.¹³⁹ Así lo ha entendido también nuestra Corte

¹³⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

Constitucional colombiana: “en gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán respetadas”.¹⁴⁰

La jurisprudencia constitucional estadounidense ha sostenido en varias ocasiones la justificación de la supremacía judicial como la forma correcta de proteger la voluntad real del pueblo. Primero se dijo que es de su competencia “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional, era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la *interpretación judicial* sobre el de la *interpretación política* de la Constitución. “Si una ley se opone a la Constitución y si ambas se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe fallar conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, es la misma Corte la que debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso”.¹⁴¹ Luego se afirmó que “El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones”.¹⁴²

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso Lüth:¹⁴³ “Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos funda-

¹⁴⁰ Sentencia C-350 de 1994.

¹⁴¹ John Marshall en *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, 1803).

¹⁴² Robert Jackson en *West Virginia Board of Education vs. Barnette* (319 U.S. 624, 1943).

¹⁴³ BVerfGE 7, 198, 1958.

mentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado". A juicio de Robert Alexy "desde el punto de vista del derecho constitucional [los derechos fundamentales] son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria".¹⁴⁴

Hay sin duda una presunción relativa al hecho de que la mayoría debe gobernar. A que el principio de la autodeterminación colectiva y la regla de mayorías deben contar con todas las garantías institucionales para su protección. Pero qué son acaso las restricciones que impone la Constitución al actuar del poder público, por muy mayoritariamente apoyada que esté una medida violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo. En una democracia constitucional no se pretende entonces que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria. Esta es la aplicación de una tesis de Stephen Holmes: la Constitución separa ciertas decisiones del proceso democrático y es deseable que ello ocurra porque no sólo de acuerdos de mayorías vive la democracia.

Qué es, en síntesis, lo que hay que destacar en este contexto: que la Constitución establece sobre todo límites y vínculos al poder político. Y el resultado de esas operaciones jurídicas procura, de un lado, lograr la que Viehweg dijera que es la aporía fundamental del derecho, "conseguir lo justo aquí y ahora", y de otro, sentar precedentes para la eficacia del ordenamiento jurídico cuando se presenten casos analogizables.

Formas adecuadas de activismo judicial, como las desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana, además de posicionar al tribunal como protagonista de la vida política e institucional del país, promueven importantes transformaciones políticas, sociales y económicas. El activismo judicial no acontece en abstracto ni en el vacío, sino en un sistema interinstitucional con otros organismos que tienen competencias diversas en procura de alcanzar los fines del Estado. La dogmática de los márgenes de acción adquiere particular relevancia en contextos como el colombiano enmarcado,

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.

como se dijo, por la pobreza, la desigualdad y el déficit en la realización de derecho, frente a un Legislativo muchas veces elusivo o perezoso en la toma de decisiones en este sentido, y un tribunal con el mandato de resguardar la integridad y supremacía de una Constitución con vocación normativa y un amplio catálogo de derechos y principios con fuerza vinculante.

2. LOS CASOS

A continuación se presentan algunos de los principales casos donde la Corte Constitucional colombiana adoptó una dogmática de márgenes de acción frente al Legislativo, situando particular énfasis en la práctica de proferir exhortos al Congreso y al gobierno, sobre todo a los ministerios, como forma de resolver la tensión entre autonomía legislativa y superioridad de la Constitución y su concepción normativa.

2.1. Delitos de injuria y calumnia en medios de comunicación

La Corte estudió la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia tratándose de los medios de comunicación. Encontró que ambos delitos siguen vigentes, que son constitucionales en todas las áreas del actuar social. Hay numerosas subreglas tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema que restringen la posibilidad de imputar estos delitos tratándose de informar. La libertad de prensa es uno de los baluartes de las democracias liberales pero, ni hay derechos absolutos ni hay privilegios que eximan de la responsabilidad por afectar derechos como honra o dignidad al realizar la profesión de periodista o de informar.

Además de reafirmar que para configurar la injuria respecto de un comunicador debe probarse por el presunto injuriado el dolo o la existencia de intención o *ánimo* de injuriar, de ofender o deshonorar —*animus injuriandi*—,¹⁴⁵ sostuvo que el Congreso tiene el margen de acción legislativo para determinar la política criminal, es decir, para decidir cuál conducta configura un delito, cuál no y qué pena amerita. La Corte sólo interviene

¹⁴⁵ Ello explica el número tan reducido de condenas efectivas que han realizado los jueces en casos donde se demanda a un periodista por presunta injuria. En nuestro constitucionalismo la libertad de prensa es amplia en su protección constitucional.

en casos extremos donde dicho margen se pretenda ampliar hasta un punto que resulte injustificadamente lesivo de un principio constitucional o derecho fundamental.

La amplitud del margen de configuración legislativa en materia penal¹⁴⁶ no implica una discrecionalidad absoluta, ya que debido sobre todo a la constitucionalización del campo penal, dicho margen está configurado por dos criterios jurisprudenciales. El primero es el respecto al contenido material de los derechos constitucionales¹⁴⁷ y el segundo son los tratados y convenios internacionales ratificados relativos a derechos humanos.¹⁴⁸ En particular el margen de acción al legislador en materia penal, está establecido por los siguientes criterios constitucionales.¹⁴⁹

1. Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal. De acuerdo con el principio de subsidiariedad “se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal”; según el principio de *ultima ratio* “el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles” y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad “el derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos”.
2. Principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*. El derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad.

¹⁴⁶ Margen definido como amplio por la jurisprudencia, el legislador puede “crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado (...) el legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución”. Sentencia C-013 de 1997.

¹⁴⁷ Sentencias C-125 de 1996 y C-239 de 1997.

¹⁴⁸ Sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998 y C-177 de 2001.

¹⁴⁹ Sentencia C-365 de 2012.

3. Principio de *legalidad*. Cuando haya lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley, ya que al ser una libertad personal, la Constitución establece una estricta reserva legal.
4. Principio de culpabilidad. *i*. El derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”. *ii*. El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. *iii*. El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.
5. Principios de *racionalidad* y *proporcionalidad* en materia penal. Se deben ponderar las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales como el derecho a la libertad y al debido proceso.
6. Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales. Además de los límites explícitos consagrados por la Constitución, y los implícitos relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que hacen parte del bloque y que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración.

2.2. Constitucionalidad de la imposición de tributos

La Constitución de 1991 consagró los principios fundantes del sistema tributario que, por el desarrollo jurisprudencial, se constituyeron en límites al poder Legislativo, hasta entonces poder tributario cuasi soberano, para la creación legal de tributos. La Constitución introdujo el deber general de

contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado,¹⁵⁰ dentro de los principios del estado social de derecho, en particular, de la justicia y la equidad.¹⁵¹ Estableció¹⁵² que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.¹⁵³ El control judicial se debe ejercer entonces para condicionar el deber contributivo al respeto de esos principios. A su vez, la Corte Constitucional acuñó el “principio de autonomía legislativa” para designar la competencia del legislador en la creación, modificación y extinción de tributos, y en la determinación de los respectivos sistemas de administración y recaudo.¹⁵⁴

En 2002 el gobierno de Uribe presentó una reforma al estatuto tributario donde, entre otras normas, consagraba un artículo que gravaba con el impuesto al valor agregado (IVA) en 2% una serie de bienes y servicios hasta entonces excluidos o exentos. Se trataba sobre todo de la leche, la carne, los huevos y los medicamentos, así como a servicios esenciales como la salud, el agua, la luz, el gas y la educación. La Corte declaró inconstitucional dicho artículo (C-776 de 2003).¹⁵⁵ Sostuvo que los principios tributarios de progresividad y equidad, que en un estado social y democrático de de-

¹⁵⁰ Artículo 95, numeral 9 constitucional.

¹⁵¹ Principio de equidad, “quien tiene más, debe pagar más”. Sentencia C-556 de 1993.

¹⁵² Artículo 363 constitucional.

¹⁵³ El principio de progresividad exige que quien tiene más contribuya en mayor medida y “depende fundamentalmente de la proporcionalidad existente entre el beneficio recibido y la tarifa del impuesto”. Sentencia C-335 de 1994. Regula que el sistema tributario reduzca las diferencias relativas entre los aportantes conforme a su capacidad contributiva de la que disponen. Para lograrlo se debe diseñar un sistema tributario con sus normas particulares, de forma tal que reparta con justicia la carga tributaria estatal a partir de la capacidad contributiva de las personas. La carga tributaria debe ser mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente. Sentencia C-419 de 1995. Debido a que este principio permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados, se puede afirmar que el principio de progresividad se deduce del principio de equidad vertical. Sentencia C-643 de 2002.

¹⁵⁴ “En materia tributaria, la Constitución consagra claramente que el legislador cuenta con una muy amplia autonomía para definir los elementos básicos, así como el procedimiento de administración y recaudo de un tributo”. Sentencia C-172 de 2001.

¹⁵⁵ Artículo 116 de la ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

recho rigen al sistema tributario, deben interpretarse sistemáticamente con el principio de igualdad y el derecho al mínimo vital.¹⁵⁶ Esta es una de las sentencias más importantes que la Corte ha proferido en materia tributaria. Ha procurado armonizar en su jurisprudencia el principio de equidad con tributos indirectos como el IVA. Ha exigido al legislador tener en cuenta los supuestos fácticos que rodean la imposición de un tributo indirecto, con el fin de gravar sólo aquellos usuarios que están en capacidad de soportarlo.¹⁵⁷ En este caso, tuvo en cuenta información relacionada con las tasas de pobreza e indigencia, la equidad del sistema tributario, los niveles de desescolaridad y desempleo, así como la distribución del ingreso en Colombia, y la falta de medidas de gasto social, que hayan probado ser efectivas, que compensen la afectación del mínimo vital de las personas más necesitadas.¹⁵⁸ Debido a que el IVA es un impuesto indirecto, es regresivo toda vez que se debita a las personas con independencia de su capacidad económica. La implementación del artículo 116 habría tenido severos efectos sobre la población desfavorecida y profundas implicaciones para el sistema tributario.

Con respeto al margen de acción legislativo en materia tributaria, la Corte ha operativizado los principios de equidad y progresividad como límites negativos al legislador, por ejemplo, en el caso de la ampliación de la

¹⁵⁶ “Cuando se extiende la base del IVA para gravar bienes y servicios, que antes habían sido excluidos para promover la igualdad real y efectiva (art. 13 de la Constitución política) en un Estado Social de Derecho (art. 1° de la Constitución política), el legislador tributario vulnera los principios de progresividad y equidad que rigen el sistema tributario (art. 363 de la Constitución política y art. 95-9 de la Constitución política), interpretados en consonancia con el derecho fundamental al mínimo vital (arts. 1° y 13 de la Constitución política en concordancia con el artículo 334 de la Constitución política), si (i) de manera indiscriminada, sin el mínimo de deliberación pública en el seno del Congreso exigido por el respeto al principio de no tributación sin representación, se modifica un sistema tributario, (ii) con graves falencias tanto en el lado de los ingresos provenientes de tributos con diseño progresivo como (iii) en el lado del gasto encaminado a cumplir fines redistributivos, (iv) mediante la ampliación de la base del IVA a todos los bienes y servicios de primera necesidad, (v) de los cuales depende ineludiblemente el goce efectivo del derecho al mínimo vital de un amplio sector de la población del país, dadas las insuficiencias de la red de protección social”. Sentencia C-776 de 2003.

¹⁵⁷ Con fundamento en esta tesis se declaró constitucional las exenciones introducidas por el legislador, respecto de la prestación de algunos servicios como salud y transporte público. Sentencia C-094 de 1993.

¹⁵⁸ Sentencia C-776 de 2003, apartado 4.5.6.1.

base gravable del IVA que, como impuesto indirecto, implica automáticamente inequidad al no atender al nivel de ingreso de los contribuyentes. Es fatal que el gravamen sea trasladado al consumidor.¹⁵⁹ Adquirir un bien no puede hacer presumir al legislador tributario que se tiene capacidad contributiva¹⁶⁰ si no se examina la naturaleza del bien.

Si bien la Corte había señalado que se presume la capacidad de pago de quienes adquieren productos gravados, este criterio no vincula este caso porque se trata de productos de primera necesidad que por su naturaleza requieren todos los miembros de la sociedad, pero cuyo impuesto sólo afecta a los más desfavorecidos que tienen capacidad de pago reducida.¹⁶¹ Una persona que compra una bolsa de leche o una ración de pan no está ejerciendo su libertad como consumidor, en un sentido, sino que está supliendo necesidades básicas. Tampoco se deriva que siempre y en todos los casos los impuestos indirectos sean declarados inexecutable, pero indica que debe examinarse el contexto socioeconómico donde van a implementarse los nuevos gravámenes.

La Corte ha reafirmado en su jurisprudencia el amplio margen de configuración que la Constitución le confiere al Congreso en materia de política tributaria, con el fin de que pueda determinar qué no se grava, qué se grava y con qué porcentaje. Este margen de configuración ha sido calificado como “la más amplia discrecionalidad”.¹⁶² Por esta razón se declaró exequible el artículo 34 de esta misma ley 788 de 2002 que consagra bienes gravados con IVA del 7%. De la particular amplitud no se deriva, claramente, la falta de límites. El ejercicio de la competencia del legislador no es ilimitado en un estado constitucional, puesto que al mismo se le impone el necesario respeto del “marco constitucional en su integridad”. Como todo ejercicio que realice el Congreso en el marco de una democracia constitucional, está sometido a los límites y vínculos que establecen los derechos fundamentales y los principios constitucionales que, como la legalidad tributaria, la

¹⁵⁹ Sentencia C-094 de 1993.

¹⁶⁰ Sentencia C-238 de 1997.

¹⁶¹ Sentencia C-505 de 1999.

¹⁶² Sentencia C-007 de 2002.

equidad fiscal, la eficiencia, la progresividad y la igualdad real, debe respetar la potestad impositiva del Congreso.

El Congreso puede modificar la normativa tributaria en ejercicio de su potestad impositiva, pero no lo puede hacer de cualquier forma. En la justificación que otorgue a dichas modificaciones debe considerar los objetivos de fomentar determinadas actividades o sectores económicos, pero también atender al hecho de que como resultado de las propias deliberaciones del Congreso se ha sostenido durante décadas una decisión relativa a no extender la carga tributaria a las personas con baja capacidad contributiva.¹⁶³

Los impuestos indirectos no se pueden analizar a la luz de su contenido porque su conformación técnica, y la necesidad de su administración eficiente, impiden que sea creado y recaudado atendiendo el principio de la progresividad (C-597 de 2000). Sin embargo, la Corte ha hecho un análisis sistémico del impacto de un impuesto indirecto como el IVA respecto de la progresividad, en virtud de lo cual ha creado un margen de acción estructural para elección de medios. En desarrollo de este análisis ha sostenido que el *principio de progresividad* del sistema tributario está a salvo porque¹⁶⁴ la adquisición de un bien o servicio gravado hace presumir la capacidad contributiva de quien lo consume, quien más consume más aporta, las personas gozan de libertad para adquirir o no bienes y servicios gravados, la progresividad del sistema tributario también se concreta en la distribución de los beneficios que se obtienen en razón del gasto público financiado por el gravamen y porque la diferenciación de tarifas, dependiendo del tipo de bienes o servicios, garantiza la progresividad en el pago del impuesto. Este razonamiento sirvió de base, no sólo a la inexequibilidad del artículo 116 referido, sino a la declaratoria de constitucionalidad del establecimiento de

¹⁶³ El apartado 4.5.2 de la sentencia presenta una breve reconstrucción histórica del IVA en Colombia, de la cual se colige que el artículo 116, por sus profundas implicaciones para el sistema tributario, implicó una modificación del sistema tributario en su conjunto, el cual “era uno distinto antes de la norma acusada y fue objeto de una modificación, no puntual o accesoria, sino trascendental”.

¹⁶⁴ Un análisis detallado de este razonamiento puede encontrarse en la sentencia C-776 de 2003.

tarifas diferenciales del IVA del 45% para bienes suntuarios como vehículos de lujo¹⁶⁵ y pequeñas aeronaves.¹⁶⁶

La justificación del gobierno, en particular del Ministro de Hacienda y del director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en sus respectivas intervenciones en la sentencia, es que los recursos se destinarían prioritariamente hacia el beneficio de los sectores desfavorecidos, por lo que al cobrarle el IVA a productos de primera necesidad terminarían beneficiándose del recaudo adicional. Además de la falta de evidencia que respalde la compensación de la nueva carga impuesta, constató la Corte que para entonces el gasto público social había venido disminuyendo en los últimos años y que en realidad el IVA se destinaría para financiar el gasto en seguridad y defensa.

2.3. Margen de acción en materia económica discutible

La máxima discrecionalidad que la Corte dispensa a los órganos representativos en diversas materias, como la penal y la tributaria, se reconoce cuando acontecen casos donde no hay una afectación de derechos probada y cierta, y subsiste al tiempo una polémica razonable entre los especialistas en la respectiva materia por los medios idóneos para alcanzar fines determinados. El criterio de análisis consiste en verificar la constitucionalidad de los fines y, luego, la suficiente y debida deliberación parlamentaria donde se hayan expuesto diversas perspectivas, implicaciones, argumentos y contrargumentos por todos los facultados para hacerlo sin restricciones arbitrarias.

En este sentido, por ejemplo, si se respeta el ideal deliberativo en la política tributaria se pueden asegurar la efectividad del principio de no tributación sin representación, los principios de *progresividad* y *equidad*, y la toma de decisiones con pleno conocimiento acerca de la legitimidad constitucional del fin buscado y la adecuación de los medios para conseguirlos. La Corte ha sostenido que hay una relación entre amplitud deliberativa y margen de acción legislativa. Una sentencia que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra una ley conocida como de “empleabilidad y

¹⁶⁵ Sentencia C-556 de 1993.

¹⁶⁶ Sentencia C-335 de 1994.

protección social",¹⁶⁷ consagró un importante criterio de constitucionalidad que ha sido seguido por la doctrina de la Corte.

La sentencia C-038 de 2004 declaró exequibles los artículos 25 y 26, entre otros, de dicha ley. El primero extiende la jornada laboral ordinaria o diurna hasta las 10 pm, mientras que la regulación precedente señalaba que ésta iba únicamente hasta las 6 pm. Extender la jornada laboral ordinaria hasta las 10 pm implica que quienes trabajen entre las 6 pm y las 10 pm no tendrán ya derecho al recargo por trabajo nocturno. El segundo modifica la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, pues reduce de 100 a 75% el recargo por trabajo en festivos y dominicales.

El principal argumento a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 26, era que establecen regulaciones menos favorables a los trabajadores respecto de las normas subrogadas, por lo que su implementación implica un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual estaría prohibido en materia de regresividad en derechos sociales. Quienes defienden la constitucionalidad, por su parte, sostienen que incluso si dicho retroceso existiera, estaría justificado porque no afecta derechos adquiridos ni situaciones consolidadas, y tiene una finalidad legítima, como es promover el empleo y contribuir así al desarrollo económico estatal.

La idoneidad y necesidad de la medida estaban en entredicho. De una parte, habían dos posiciones acerca de que recortar los costos laborales derivaría o no en una mejoría en los indicadores nacionales de empleo. De otra, no se encontraban otras medidas que alcanzaran el fin con la misma presunta efectividad, pero que no derivaran en una afectación de los trabajadores.

No sólo la exposición de motivos del proyecto y los informes de ponencias, sino también las deliberaciones en las cámaras, demuestran con claridad que la finalidad de las reformas es constitucional. Se trata de implementar medidas que faciliten la contratación de nuevas personas para apoyar el empleo y favorecer también el crecimiento económico del Estado. Las deliberaciones en las cámaras arrojaron un hecho interesante, cual es

¹⁶⁷ Ley 789 de 2002 que pretendía crear 160 000 empleos por año.

la divergencia no sobre los fines sino sobre los medios para alcanzarlos y sobre la eventual desproporción en la afectación a otros principios y derechos. Sin duda se trata de una medida sensible porque perjudica sobre todo a los trabajadores que reciben un salario mínimo o están en condiciones de empleo informal o subempleo, quienes precisamente se veían en la obligación de, o en todo caso aprovechaban la oportunidad para, trabajar más con el fin de ajustar su salario a sus necesidades. La Corte reconoce que estos artículos modifican las garantías laborales de las personas empleadas porque implican una menor remuneración por el mismo trabajo o una menor protección a la estabilidad en el empleo. La remuneración y la protección, reconoce igualmente la Corte, contribuyen a realizar normas constitucionales y tratados de derechos humanos ratificados por Colombia,¹⁶⁸ toda vez que las condiciones de trabajo deben ser justas, equitativas y satisfactorias.

Podrían encontrarse razones constitucionales de fondo relativas a que la jornada laboral flexible vulnera derechos del trabajador al descanso, a la unidad familiar y a la recreación. Comporta un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales. La prohibición *prima facie* de retroceso de los derechos sociales está consolidada en la jurisprudencia constitucional colombiana, así como en la doctrina internacional de derechos humanos¹⁶⁹ que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano vía bloque de constitucionalidad. El trabajo es un derecho constitucional, así como un principio y valor que impone al Estado el deber de dispensarle particular protección. Es igualmente un derecho social que por ser de realización progresiva no sólo exige el amparo de ciertos mínimos, sino también el desarrollo progresivo para lograr su plena realización.¹⁷⁰

Incluso omitiendo la eventual desproporción en la afectación, no estaba del todo clara la idoneidad de las medidas, es decir si disminuyendo los costos laborales de los empleadores se iba a contribuir en efecto con la consecución de los fines establecidos: la promoción del empleo y el cre-

¹⁶⁸ Los convenios de la OIT, el PIDESD y el Protocolo de San Salvador.

¹⁶⁹ Observación General núm. 3, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1990.

¹⁷⁰ Sentencia SU-225 de 1998.

cimiento económico del Estado.¹⁷¹ En este caso entonces podrían haberse encontrado razones para que la Corte se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de las medidas propuestas por el gobierno y aprobadas por el Congreso para mejorar el empleo. Concentró su análisis en el hecho de que en el Congreso el tema hubiere sido debidamente deliberado, para que se consideraran las implicaciones en el bienestar de los trabajadores para quienes la reducción de su ingreso mensual podría eventualmente afectar su mínimo vital. Con la doctrina de la elusión deliberativa la Corte respeta la máxima discrecionalidad del Congreso para tomar las grandes decisiones nacionales, al resguardar los principios mínimos que deben seguirse durante el trámite parlamentario, los cuales son protegidos por normas reglamentarias. De las deliberaciones en las cámaras igualmente quedó claro que entre los especialistas en el campo económico subsiste una discusión profunda por las perspectivas y los diagnósticos relativos a las causas del desempleo y las maneras idóneas para realizar reformas que conduzcan a su aumento.¹⁷²

El principio de *favorabilidad laboral* no impide modificar la normatividad existente, a pesar de que resulte menos favorable al trabajador. Por tal razón la Corte en la sentencia C-038 de 2004 analizó otras cuestiones independientes a la afectación a derechos. El debate teórico que encontró se sintetiza en la legitimidad constitucional de las medidas que, si bien implican la reducción de las garantías de los trabajadores, se encontraron para lograr

¹⁷¹ Conforme a la exposición de motivos, se podrían crear un total de 640 000 empleos durante el cuatrienio.

¹⁷² La Corte reconoce en la sentencia que producto de la deliberación motivada por las razones que fundamentaban el proyecto, se suscribió finalmente una de las dos posibles perspectivas económicas, la ortodoxa y neoclásica, conforme a la cual una de las razones del alto desempleo reside en la rigidez y los altos costos laborales, que impiden que exista un ajuste del mercado laboral vía reducción del salario. Esta perspectiva encuentra oposición por quienes sostienen que no hay evidencia teórica o empírica de que la flexibilización del mercado laboral, logre realmente un aumento considerable del empleo. Por el contrario, desde la perspectiva keynesiana se sostiene que el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva, por lo cual una flexibilización del empleo disminuyendo el salario no aumenta el trabajo, sino que incluso puede implicar un agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores reduce la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo. Sentencia C-038 de 2004, fundamento 31.

el fin de promover el empleo de quienes no lo tienen o están en situación e informalidad —ampliar la jornada diurna hasta las 10 pm, reducir los recargos en festivos e introducir la jornada laboral flexible—. La sentencia reconoce la complejidad de analizar la constitucionalidad de las normas laborales que subrogan normativa que afecta, de alguna medida, provisiones que resultan de particular importancia para sectores desfavorecidos de la población.

Para fundamentar su decisión de constitucionalidad la Corte recurre a la diferencia doctrinaria y jurisprudencialmente bien establecida, entre una mera expectativa y un derecho adquirido, el cual tiene protección constitucional según el artículo 58, por lo que no puede ser desconocido por leyes ulteriores. El legislativo puede modificar regulaciones abstractas, aunque afecten a alguna persona que no podrá cumplir las expectativas que tenía de obtener algún día un derecho,¹⁷³ pero no puede afectar un derecho adquirido, el cual se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho.¹⁷⁴ La ampliación de la jornada laboral ordinaria y la reducción del porcentaje de pago por el trabajo dominical o festivo, son expectativas en lugar de derechos adquiridos. Explícitamente dijo la Corte que las expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral.

La justificación de la ampliación de la jornada diurna eliminando el recargo por trabajo nocturno, se basó en la estimulación de una mayor ocupación laboral en las empresas comerciales y de servicios. La justificación de reducir los recargos en festivos tiene el propósito similar de permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo. La jornada laboral flexible permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción

¹⁷³ Sentencias C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997 y C-781 de 2003.

¹⁷⁴ Sentencia C-478 de 1998.

y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.¹⁷⁵

Un problema jurídico de profunda implicación teórica surge al examinar la perspectiva con la cual se observa la controversia que involucra el caso. ¿La Corte puede evaluar la idoneidad y la necesidad de la fórmula que encontró el gobierno y fue debidamente avalada por el Congreso, para aumentar el empleo y contribuir así con el desarrollo económico estatal, si aún entre los especialistas en la materia hay grandes polémicas sobre las causas del desempleo y las formas de enfrentarlo? La Corte es consciente que no debe mediar en las discusiones cuando no hay una flagrante afectación de derechos y se ha desarrollado la deliberación necesaria tendente a establecer los pros y contras de la medida, entre el gobierno, la bancada mayoritaria y los partidos de oposición.

Dice la sentencia: “frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques”.

La jurisprudencia constitucional ha asimilado las regulaciones laborales a las normas que se profieren cuando el Estado interviene en la economía. En estas materias, por tanto, así como también en las tributarias, la Corte dispensa al Congreso la más alta discrecionalidad. Esto tiene dos implicaciones: la libertad de *configuración legislativa* está restringida por los principios

¹⁷⁵ Sentencia C-038 de 2004. En estudios técnicos de la dirección social del Departamento Nacional de Planeación se basó la cuantificación de la contribución de las medidas adoptadas al aumento del empleo, así, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en festivos debería generar 52 600 empleos al año y la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78 900 empleos.

constitucionales pertinentes, en este caso en la normativa iusfundamental sobre el trabajo; y el grado de intensidad del examen constitucional no puede ser alto. Si bien la Corte comparte expresamente con el accionante que los artículos impugnados son menos favorables a los trabajadores respecto de los que fueron subrogados, no encuentra en este hecho fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la medida. Las reformas laborales que tienen efectos negativos, deben contar con una justificación suficiente de que fueron debidamente analizadas en sus consecuencias para fundamentar que son medidas proporcionadas respecto de los bienes constitucionales que afectan para alcanzar un importante propósito constitucional.

Al criterio deliberativo se articula entonces la flexibilidad del control constitucional cuando se trata de medidas tomadas en el seno del debate democrático, por lo que excepto allí donde las medidas que afectan derechos no tengan un fin constitucional o sean palmariamente irrazonables, la Corte cede en sus eventuales consideraciones de política económica para aceptar los argumentos económicos adoptados por el Congreso. La sentencia C-038 de 2004 no examina las razones que justificaron las medidas adoptadas por el legislador, las cuales resultan regresivas respecto de la protección laboral, si bien respecto de expectativas y no de derechos. Se examinó la norma en su constitucionalidad a partir del principio de proporcionalidad, como la Corte ha hecho en otras ocasiones en las cuales medidas tomadas por el Legislativo se declararon inconstitucionales porque, si bien procuraban alcanzar un fin legítimo y eran idóneas para lograrlo, eran o bien innecesarias porque había otro medio disponible igualmente idóneo y menos lesivo con el principio al que se enfrentaba, o bien desproporcionada en su afectación a derechos y principios, a pesar de aquellos que procuraba alcanzar. En este caso es clara la constitucionalidad de los fines que se procuran alcanzar con la medida. Los medios establecidos con esta reforma al Código laboral para alcanzar los referidos fines, son: la modificación de la ampliación del trabajo diurno, la disminución de la remuneración al trabajo dominical y de la indemnización por terminación del contrato laboral sin justa causa, así como la implementación de una jornada laboral flexible.

2.4. Margen de acción para definir la política salarial

Podría señalarse el caso de los fallos polémicos por su impacto económico cuando la Corte ha sostenido, por ejemplo, que el legislador dispone de un amplio margen para diseñar las reglas que han de orientar las decisiones macroeconómicas, particularmente cuando subsisten entre los mismos economistas controversias sobre aspectos críticos de la política en este sentido. Un interesante giro jurisprudencial sobre las polémicas sentencias relativas al incremento anual salarial de los servidores públicos, se ilustra desde la dogmática de los márgenes de acción que la Corte reconoció al Congreso y al gobierno.

La Corte debió enmendar el sentido de los primeros fallos porque protegió al sector público cuando estableció que, en la crisis de 1999 donde a un alto porcentaje de ciudadanos se les redujo su nivel de ingresos, no era posible fijar los salarios públicos por debajo de la tasa de inflación. Primero ordenó que la regla de indexación con la inflación del año inmediatamente anterior, se aplicara a los salarios de todos los servidores públicos¹⁷⁶ y luego consideró que las autoridades competentes debían tener un mayor margen de acción para definir la política de salarios públicos tomando en consideración las restricciones presupuestales.¹⁷⁷

2.5. Margen para la regulación del estado civil

En sentencia C-174 de 1996 la Corte analizó varios apartes de artículos del Código Civil sobre derechos y obligaciones de los cónyuges, y del Código Penal sobre el delito de inasistencia alimentaria,¹⁷⁸ que hacen referencia a los cónyuges, sociedad conyugal y porción conyugal, básicamente. La constitucionalidad de esta normativa fue demandada porque presuntamente vulneraba dos derechos fundamentales, a saber, la igualdad por imponer diferenciaciones injustificadas, es decir discriminaciones, con base en el ori-

¹⁷⁶ Sentencia C-1433 de 2000.

¹⁷⁷ Sentencia C-1064 de 2001.

¹⁷⁸ Respecto del cargo por inconstitucional del aparte demandado del artículo del Código Penal, la Corte ordenó estarse a lo resuelto por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional en sentencia C-125 de 1996.

gen familiar de las personas, y la libertad de conciencia por constreñirse a las personas a contraer matrimonio para poder ser titular de dichos beneficios. El fundamento de la demanda es que la Constitución igualó al matrimonio con la unión libre, por lo que es discriminatorio que los cónyuges tengan derechos u obligaciones que no tienen los compañeros permanentes.

La Corte declaró exequibles las expresiones demandadas porque a su juicio la diferenciación entre el matrimonio y la unión libre no era discriminatoria. No corresponde a un capricho del legislador, sino a un campo que tiene reservado para concebir a la familia como el núcleo esencial de la sociedad que puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos. Se contemplan dos posibilidades de conformación de una familia, por lo que la situación jurídica entre ambas instituciones jurídicas también debe ser diferente. Si bien se han atribuido efectos civiles a la unión libre por razones de equidad, igualar los efectos legales de ambas instituciones significaría desnaturalizar la esencia de la unión libre. Dicho “campo reservado al legislador” para diferenciar estas dos instituciones se basa en la discrecional consideración a las necesidades políticas, económicas, sociales y culturales.

Según la teoría de los principios la Constitución debe ser un orden fundamental porque confía algunas cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, y un orden marco porque establece un marco al ordenar y prohibir algunas cosas. En este caso se observa que a juicio de la mayoría de magistrados, los enunciados normativos constitucionales estipulan mandatos y prohibiciones a la rama legislativa, pero se dejan abiertos márgenes de acción para que el legislador haga uso de su discrecionalidad conforme lo ordenado y prohibido, y de esta forma decida los asuntos fundamentales para la sociedad que deben ser decididos por una Constitución.¹⁷⁹ Como expresó Robert H. Jackson, magistrado de la Corte Suprema estadounidense, la Constitución no es un pacto suicida.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*

¹⁸⁰ Referencia en Murphy, Walter P.; Fleming, James y Harris, William F., *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, Foundation Press, 1986.

En éste, así como en otros casos,¹⁸¹ la Constitución ordena algo al Legislativo —regular el estado civil— pero no determina *cómo* debe hacerlo. El orden fundamental *cualitativo* aparece entonces cuando el legislador resuelve una cuestión importante para una sociedad como es la familia y la forma de organizarse. A partir del *orden marco* y el *orden fundamental*, el margen de acción estructural surge cuando el legislador desarrolla la Constitución estableciendo medidas con atención a lo constitucionalmente prohibido. Respecto de los tres márgenes de acción estructural, queda por decir que el legislador establece como fin regular el estado civil estableciendo como medio una diferenciación entre las instituciones del matrimonio y la unión marital.

Hay *prima facie* una intervención en el principio de igualdad que se puede considerar leve, debido a que se procura cumplir con un fin constitucionalmente legítimo y ordenado por la Constitución. Consagra además una manera determinada de organizar una familia, lo que correlativamente garantiza la libertad de conciencia, pues cada persona, según su concepción del buen vivir y sus creencias, elige el régimen a partir del cual la constituirá. Establecer entonces un régimen diferente para tales instituciones es idóneo y necesario.

En otro caso se usó también un margen de acción, en particular el margen estructural para la determinación de fines, cuando en sentencia C-112 de 2000 se estudió la libertad legislativa para regular las formas del matrimonio y la competencia de un juez específico para conocer del matrimonio. Se afecta presuntamente la igualdad porque la disposición acusada ordena que el matrimonio civil se celebre ante el juez de la vecindad de la mujer, lo cual niega la posibilidad a quienes se quieran casar de decidir el lugar. La Corte encontró que la intervención en el derecho a la igualdad no tenía ningún fin. Por leve o media que fuera dicha intervención, el carecer de fin torna invariablemente inconstitucional la medida. La facultad legislativa para concretar la referida competencia es amplia pero no absoluta, pues al

¹⁸¹ También se encuentran expresiones en salvamentos de voto. Por ejemplo, Rodrigo Uprimny, en salvamento de voto a la sentencia C-754 de 2004, consideró que era el Congreso el que tenía la facultad para limitar el periodo de transición del régimen pensional porque se dio una transición demográfica que hacía insostenible dicho régimen.

determinar el medio para lograr el fin propuesto debe someterse a los principios constitucionales.

En la sentencia C-507 de 2004 la Corte decidió sobre una presunta violación de la igualdad de género, en concreto, si unos artículos del Código Civil eran inconstitucionales por establecer edades diferenciadas entre hombres y mujeres para poder contraer matrimonio. Se estaba entonces ante una supuesta discriminación por género que vulnera el derecho a la igualdad. El problema jurídico fue establecido así: ¿La norma desconoce los derechos fundamentales de los niños y el principio de igualdad (en especial la igualdad de protección y la prohibición de discriminación entre sexos) al declarar nulo el matrimonio celebrado entre una mujer menor de 12 años y un hombre menor de 14?

Lo primero que hace la Corte es precisar si la diferenciación establecida por el legislador encuentra fundamento en el otorgamiento de una medida de protección a la mujer. Define el contenido y alcance del derecho que tienen las personas para conformar de manera libre una familia, así sean menores. A partir de legislación local y extranjera, de la jurisprudencia constitucional y de la teoría de los principios, reconstruye el contenido del principio de igualdad para estudiar el “margen de configuración del legislador”, a fin de fijar la capacidad diferenciada de contraer matrimonio. Se trae a colación en este estudio el margen discrecional del legislador para regular las formas del matrimonio, la edad mínima y sus formas de separación y disolución.

La Corte empleó conceptos propios de la dogmática de los márgenes de acción. Primero precisó el orden marco desde lo establecido por la Constitución, pero también por el bloque de constitucionalidad, luego determinó que el orden fundamental surge cuando la Corte reconoce que regular la capacidad para casarse es una competencia atribuida vía Constitución a la legislación civil, para finalmente establecer que el margen de acción estructural es empleado por la Corte cuando sustenta que la Constitución dispone de un campo para que el legislador decida sobre la capacidad para contraer matrimonio.

Encontró de igual forma que constitucionalmente está limitada para juzgar de forma amplia y detallada las medidas legislativas. Su función con-

forme al margen de acción no es establecer si es idóneo el medio empleado por el legislador, sino determinar el presunto exceso en la afectación de un derecho a partir de su discrecionalidad.

Para analizar la ponderación, encuentra la Corte de una parte los derechos de la mujer menor adolescente a una protección reforzada de sus derechos, la cual debe resguardarse sin discriminación por razones de sexo; a su libertad para contraer matrimonio y formar una familia, y su derecho a que se le garantice un desarrollo libre, armónico e integral. La protección reforzada y el deber del legislador de garantizar un desarrollo libre, armónico e integral son también fines en sí mismos.

A partir de la regulación de una edad mínima diferenciada para contraer matrimonio en 12 años para mujeres y 14 para hombres, como medio para conseguir los fines constitucionales de proteger a la menor adolescente y garantizarle un desarrollo libre, armónico e integral, la Corte concluye que es alto el grado de no satisfacción de los principios de protección reforzada, protección sin discriminación por género, libertad para contraer matrimonio y formar familia, y derecho a un desarrollo libre, armónico e integral. La ponderación se realizó a partir de la potestad de regular el derecho a contraer matrimonio que surge del principio democrático. El legislador no cuenta con fundamento para diferenciar por género las edades para contraer matrimonio y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad parcial de la norma bajo examen.

2.6. Fijación de fines, pero margen para la elección de medios en política pública

Algunas de las características políticas y sociales que aquejan a Colombia, legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Contrario a lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, ese Tribunal no diseñó como tal la política pública.¹⁸² En virtud del

¹⁸² Müller, Pierre, *Las políticas públicas*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. 2. AA. VV., *Diccionario de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso. Fallos activistas que pretendan usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas o sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos.

La formulación y ejecución de políticas públicas es un proceso complejo donde intervienen múltiples agentes estatales y no estatales, cuyos objetivos con frecuencia no son coincidentes e inclusive se enfrentan entre sí. El Estado colombiano históricamente se caracterizó por un predominio de la rama ejecutiva frente a un legislador relativamente débil y fácilmente manipulado en este proceso. El Poder Judicial era virtualmente inexistente. La Constitución de 1991 no sólo cambió el equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, sino que introdujo varios actores nuevos al juego institucional. Uno de los más importantes ha sido la Corte Constitucional.

Su interpretación jurisprudencial, más que un esquema para orientar la actuación de las ramas del poder público, se ha constituido en un estándar obligado, en unos casos para el impulso a la ejecución de políticas públicas diseñadas por otras entidades estatales y, en otros casos, excepcionales, ha asumido un papel protagónico en su formulación. Señala metas y establece objetivos, pero también realiza audiencias públicas, bien para ilustrarse acerca de un determinado asunto complejo o para controlar el cumplimiento de las órdenes impartidas.¹⁸³ No suele formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendentes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas. En cambio, la Corte respeta la competencia del Ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla.

¹⁸³ En 2015, por ejemplo, se realizaron audiencias públicas trascendentales para el país como la unión de parejas del mismo sexo, la de goce efectivo de derechos de la población desplazada y una de las demandas contra el Acto Legislativo núm. 02 de 2015 por medio del cual se adopta un reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, entre otras.

La Corte ha destacado que no le corresponde imponer un medio determinado para lograr los fines buscados por las políticas adoptadas por los órganos competentes. De hecho debe haber autorrestricción judicial para precisar objetivos concretos, excepto allí donde la Constitución las ha definido de manera expresa, tales como las finalidades sociales del Estado y la inversión social y al goce efectivo de determinados derechos. La Corte puede llegar a exigirles a las autoridades la debida justificación del medio determinado que han elegido para instrumentalizar las políticas públicas adoptadas dentro de ese margen de apreciación y cumplir así con los fines señalados en la Constitución o, más precisamente, en la jurisprudencia.¹⁸⁴

Las órdenes complejas que imparte en casos que las requieran, no establecen cuáles deben ser las medidas específicas que deben adoptarse, sino que están en general orientadas a lograr que se adopten a lo largo del proceso de diseño, implementación, evaluación y control.¹⁸⁵ En concreto, tres etapas pueden identificarse en el rol que ha asumido la Corte respecto de políticas públicas específicas, donde ha demostrado creatividad en los remedios judiciales:

1. Interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho. Puede presentarse el caso de que imparta otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional. Además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece plazos. En el diseño del remedio donde articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es llevado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado. Usualmente ese programa debe ir articulado en la política pública respectiva para garantizar su durabilidad y sostenimiento. Para un tema como el aumento de embarazos adolescentes no deseados, por ejemplo, se ordena la creación e implementación de un programa de educación sexual.

¹⁸⁴ Sentencia C-1064 de 2001.

¹⁸⁵ Sentencia T-418 de 2010.

2. La Corte acude al estado de cosas inconstitucional para juzgar no un acto estatal puntual, sino una realidad. Somete la realidad a un juicio constitucional. Si se verifica que las cosas, que la situación, no es compatible con la Constitución se interviene con órdenes estructurales complejas, según se requiera. La Corte pretende que se transforme la realidad más allá del caso individual que se conoce. Una novedad de esta etapa es también el establecimiento de plazos para cumplir las órdenes. Puede proferir nuevos autos para impartir nuevas órdenes hasta que se supere la situación deficitaria.
3. Diseño de remedios donde se articulan los dos tipos de remedios anteriores, pero se agregan una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y establecer parámetros sustantivos para juzgar los resultados de los procesos. Acompaña la ejecución de la sentencia con un monitoreo para evaluar el grado de cumplimiento de las órdenes proferidas.

En el caso de la salud, por ejemplo,¹⁸⁶ la Corte sostuvo que no era compatible con la Constitución que hubiera un plan de salud para las personas con menos recursos, el cual cubría la mitad de los servicios médicos que se amparaban a los beneficiarios del otro plan. Ordenó entonces que se unificaran los planes de salud. Como hacer eso tiene un costo, implica girar recursos de un lado para otro, la Corte es prudente y no ordena la inversión de una cuantía específica. Ordena al Ejecutivo que diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que se estructure.

Para verificar que se cumplan este tipo de órdenes, la Corte muchas veces retiene jurisdicción y solicita en audiencia pública la rendición de cuentas. Exige que se le rindan informes periódicos. No da la orden y confía que se cumpla. El trabajo del juez cuando imparte órdenes complejas no termina con el "resuelve", sino que precisamente ahí empieza porque debe supervisar y controlar los grados de cumplimiento. Además invita a la sociedad civil a participar en el análisis de lo que el gobierno está haciendo. En las audiencias que se han desarrollado en cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia de la salud, por ejemplo, intervinieron, además de los demandantes y los demandados, ONG, otras agencias gubernamentales,

¹⁸⁶ Sentencia T-760 de 2008.

entidades de control, asociaciones de pacientes y expertos. Dentro de los efectos positivos de esta tercera estrategia, se encuentran el desbloqueo de la política, la creación de nuevas medidas, la incentivación de la participación, la coordinación entre distintas entidades y el reencuadre institucional que se genera a partir de las audiencias para definir tareas y organizaciones que las deben cumplir.

Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización del principal mecanismo que ha ideado, como es la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En virtud de las declaratorias,¹⁸⁷ ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos.

Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden tener un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento forzado interno, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueve la participación.¹⁸⁸

La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo que ilustra esta característica que se atribuye a la Corte, y la que asimismo otorga un argumento adicional al planteamiento conforme al cual esta Institución ha

¹⁸⁷ La primera se declaró en la SU-559 de 1997 —no afiliación de profesores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio— y la versión más sofisticada es la T-025 de 2004 —delito de desplazamiento forzado interno—.

¹⁸⁸ Entrevista de Leonardo García, Lucas Arrimada *et al.*, a Manuel José Cepeda, para el programa radial Última Instancia, México, UNAM, http://ultimainstancia.podomotic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00 (X-15-11), disponible también en los blogs de Roberto Gargarella: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/10/entrevista-cepeda.html> y Gonzalo Ramírez Cleves: <http://iureamicorum.blogspot.com/2011/10/manuel-jose-cepeda-entrevista-sobre-la.html>.

sido en general respetuosa de las funciones y competencias de los otros organismos del Estado. La Corte ordenó al Gobierno Nacional que, en tres meses, diseñara una política pública nacional para enfrentar los efectos nocivos que para el ambiente tiene la actividad minera. Exigió que se tuvieran en cuenta las recomendaciones que en la materia viene haciendo la Organización Mundial de la Salud. Encargó a organismos de control el examen del cumplimiento de las órdenes impartidas y, en particular a la Defensoría del Pueblo, la verificación del cumplimiento de la orden relativa a los derechos de las víctimas.

La discusión relevante en Colombia se dirige más bien, tratándose de las competencias, hacia una presunta intromisión en las funciones del Legislativo, y particularmente del Ejecutivo, porque la Corte termina formulando políticas públicas en algunas de sus sentencias con lo cual destruye el ámbito funcional y presuntamente altera el equilibrio de poderes en la medida en que la rama del poder público, que es precisamente la única a la que no se le atribuye la competencia de formular políticas públicas, es la que en la práctica lo hace impartiendo órdenes, exigiendo reportes acerca del cumplimiento, etc.

La sentencia T-025 de 2004, que declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional. Un problema que trajo progresivamente aparejada la jurisprudencia sobre desplazamiento es que las modificaciones introducidas no se encontraban organizadas. La Corte intentó remediar la falencia de tener una política pública dispersa en muchas sentencias que habían sido proferidas desde 1997 cuando inició con tutelas puntuales, hasta la declaratoria en 2004. Más que modificar la política sobre desplazamiento, esta sentencia organizó la jurisprudencia previa respecto del diagnóstico del problema y la postura de la Corte.

A través de los autos, el 07 y en particular el 08 que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, se configuró la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este último auto ordena al gobierno la reformulación, por ejemplo, acerca de verdad, justicia y reparación; acerca de tierras, de vivienda. A

raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial —mujeres, afrocolombianos, indígenas—. Estos enfoques diferenciales son transversales a todos los componentes de la política como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendentes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La declaratoria de estados de cosas inconstitucional ha procurado precisamente orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disociación entre las medidas políticas. En caso de que no se contara con la forma de proferir normas y autos de cumplimiento en desarrollo de las declaratorias, podría llegar a haber un caos institucional por el mandato legal que orienta una política y el mandato jurisprudencial que ordena otra distinta.

3. MÁS ALLÁ DEL MARGEN DE ACCIÓN. CUANDO LA JURISPRUDENCIA SE EXCEDE

Una de las sentencias más polémicas proferidas por la Corte en su historia fue la que obligó a reformar el sistema de financiación hipotecaria de vivienda.¹⁸⁹ Hacia finales de los noventa, en el siglo xx, Colombia enfrentó una profunda crisis económica que derivó en un gran aumento de las tasas de interés por parte del Banco de la República. En ese momento había un sistema de financiación de vivienda popular y de clase media que estaba atado a la tasa de interés del mercado. Antes lo estaba a la inflación. Debido al alza en las tasas de interés las deudas hipotecarias de centenares de miles de familias se volvieron imposibles de pagar, pues debido a la misma crisis económica, aumentó el desempleo, se disminuyeron los ingresos de muchas familias y se desvalorizó el precio de las viviendas.

¹⁸⁹ Sentencia C-700 de 1999.

Ante feroces críticas de los economistas, para quienes no debía haber intervención judicial en materia de política macroeconómica, la Corte determinó que era inconstitucional que el mecanismo de financiación de vivienda estuviera relacionado con las tasas de interés. Lo estableció en cambio con el costo de vida y ordenó que la tasa de interés de financiación de vivienda sea la más baja del mercado. Ordenó que se reliquidaran los créditos de vivienda suponiendo que la corrección monetaria estuvo ligada a la inflación y no a la tasa de interés. Como consecuencia bajaron los créditos hipotecarios y muchas familias pudieron pagar sus créditos y conservar así su vivienda.

A pesar de que la Corte sí debió intervenir en este caso, ya que impidió que muchas familias perdieran su vivienda, a nuestro juicio, debió haber exhortado al Congreso a que modificara el sistema de financiación hipotecaria de vivienda, a partir de criterios determinados que hubieran conducido a la baja de los créditos, sin tomar decisiones macroeconómicas tan precisas que cerraron abruptamente la discusión pública sobre la financiación pública de vivienda. Las reglas que estableció no tenían una clara justificación normativa, sino sólo la cláusula abstracta del derecho a la vivienda digna¹⁹⁰ y la obligación estatal de tener una política de vivienda de adecuada.

Además, la Corte debió haber diferenciado entre los deudores de clase media y baja, respecto de los de clase alta, porque generó a la larga un subsidio regresivo a quien está comprando su tercera o cuarta vivienda que recibió una tasa de interés subsidiada por el Estado con impuestos. El subsidio se dirigió hacia las deudas de los deudores hipotecarios en general sin diferenciar entre quienes lo necesitaban para conservar su única vivienda y quienes lo usaron para reducir el pago de una o más propiedades adicionales a las de su propia residencia. Por esta razón se trató también de una intervención judicial negativa, toda vez que creó un subsidio a los deudores hipotecarios por igual sin considerar su extracción socioeconómica, lo que resulta regresivo a nivel de la justicia distributiva.

¹⁹⁰ Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *Constitución y vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR*, Bogotá, Universidad Externado-Temas de derecho público, 2006.

En este sentido dos de los magistrados que salvaron el voto, Cifuentes y Naranjo, establecieron que “El papel institucional de la Corte le impide intervenir políticamente en los avatares y accidentes históricos de un producto financiero, por definición sujeto a las más variadas evoluciones y transformaciones, salvo desde luego que en la ley en la cual ocasionalmente se reflejen esas vicisitudes pueda, en verdad, descubrirse un verdadero “vicio constitucional”. Si ha llegado la hora de eliminar un producto financiero o de transformarlo o mejorarlo, la democracia o el mercado se encargarán de hacerlo. Si no lo hacen, mal puede en su lugar hacerlo una sentencia de inexecutable, así ello le represente a la Corte ganarse la simpatía de grupos de interesados o de ciudadanos. El cometido de la Corte es otro y se ubica en un ámbito de acción y de responsabilidad bien distinto”.

4. LOS EXHORTOS COMO MATERIALIZACIÓN DEL MARGEN PARA LA ELECCIÓN DE MEDIOS

La Corte ha intervenido en las que tradicionalmente eran funciones y competencias de las dos ramas del poder con representación democrática, a partir de tres estrategias: reemplazo de iniciativas de políticas públicas —cuando advierte que las demás ramas hacen caso omiso de temas con impacto constitucional—, aseguramiento del cumplimiento de las políticas públicas del legislador y las propias, y reemplazo del legislador en el control político de las actuaciones del ejecutivo.¹⁹¹

En concreto, dentro de las estrategias que ha ideado la jurisdicción constitucional colombiana para enfrentar graves violaciones a derechos fundamentales y reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social, se destacan la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales, la práctica de proferir órdenes complejas¹⁹² y los requere-

¹⁹¹ Landau, David, *Beyond Judicial Independence, The Construction of Judicial Power in Colombia*, cit.

¹⁹² La orden que establece una sentencia es *simple* cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. La orden es *compleja* cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria

rimientos que, en la forma de exhortos, se le formulan al Congreso o al gobierno.¹⁹³ Con esta *última* figura, inspirada en su configuración en las sentencias de mera inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la jurisprudencia constitucional contribuye a crear márgenes de acción al Legislativo. Se ha acudido, por ejemplo, en casos donde, en sentencias de inexequibilidad diferida, se establece un término al legislador para que expida una nueva regulación legal acorde con postulados constitucionales. Si el legislador no expide la nueva regulación que sustituya la que se declara inexequible de manera diferida, al hacerse efectiva la decisión de la Corte, se generaría el vacío que se quiso evitar. Mediante estos exhortos también se puede declarar inconstitucional una norma pero, en lugar de proferir órdenes concretas con un contenido determinado, se incita o requiere al Congreso y/o al gobierno para que tome medidas necesarias, dentro de un plazo determinado y siguiendo sus lineamientos, para remediar una determinada situación que, confrontada con la normativa constitucional, debe intervenir.

Cuando el exhorto ha estado acompañado de una orden concreta, bien en la sentencia o en un auto posterior, o de condiciones como plazos y términos, el exhorto se entiende vinculante. El término en los exhortos "tiene un componente en cierto modo coercitivo".¹⁹⁴ Según el tipo de exhorto varía correspondientemente su objetivo. Puede tratarse de una orden concreta dentro de un plazo determinado para que la autoridad compelida encuentre los mecanismos que solucionen un problema señalado o de una

de la orden toda vez que depende de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública. Con frecuencia, toma un transcurso de tiempo significativo para su cumplimiento. Sentencia T-086 de 2003. Dentro de los principales ejemplos de sentencias que han impartido este tipo de órdenes, se encuentran la que elevó la salud a estatus iusfundamental (T-760 de 2008) y la que justificó la naturaleza de derecho fundamental al agua potable y el reconocimiento de su protección mediante tutela (T-616 de 2010).

¹⁹³ Véase, Cárdenas, Blanca R., *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, serie "Temas de Derecho Público", Bogotá, Universidad Externado, 2011. García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-IIIJ, 2015, cap. 4.

¹⁹⁴ Sentencia C-728 de 2009.

mera recomendación para legislar en un determinado sentido. Además de conminar a determinadas autoridades para que diseñen mecanismos que solucionen situaciones que generan afectaciones a derechos fundamentales, el objetivo de los exhortos en las sentencias, o de las sentencias exhortativas como tal, es evitar el traumatismo que podría generar la declaratoria inmediata de inconstitucionalidad de una norma, por lo que se le otorga un plazo al Congreso para que la reforme a partir de determinados estándares de constitucionalidad. Contribuye así entonces el Poder Judicial, dentro del respeto a la división de poderes, en el proceso de creación y desarrollo del derecho, y eventualmente también en el proceso de formación de las políticas públicas. “El juez constitucional tiene el deber de preguntarse (...) qué tipo de órdenes puede dar para subsanar las omisiones, negligencias o simples trabas burocráticas que impiden tomar las medidas para eliminar o atenuar el riesgo de que se presente una nueva y grave vulneración de derechos fundamentales”.¹⁹⁵

Con distintas denominaciones, el exhorto es un mecanismo utilizado por algunos de los principales tribunales constitucionales del mundo¹⁹⁶ —como el español, el italiano, el alemán y el español—¹⁹⁷ con el fin, tanto de armonizar la tensión entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración legislativa del congreso, como de propender por la garantía efectiva y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. No obstante, se trata de una de las prácticas que ha generado mayor tensión entre analistas, funcionarios del gobierno y parlamentarios, toda vez que implica que una institución cabeza de su respectiva rama del poder público, profiere órdenes a organismos con igual jerarquía, como la presidencia o el propio parlamento. Se ha argumentado que esto implica un desbordamiento de la competencia de la Corte, con

¹⁹⁵ Sentencia T-974 de 2009.

¹⁹⁶ Para sustentar este argumento la Corte cita al doctrinante alemán Hans Peter Schneider en su obra *Democracia y Constitución*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 62 y 218 y ss., y al Tribunal Constitucional Español su sentencia S-124/84, dic. 18/1984, Fundamentos 7 a 10. Véase, sentencia C-473 de 1994.

¹⁹⁷ Góngora Mera, Manuel y Franco Rodríguez, Paola, *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001. Agradezco a Manuel Góngora el envío del texto.

la correlativa afectación a la división de poderes e invasión a la órbita de actuación del gobierno y el Congreso.

La Corte ha insistido que el exhorto no rompe la división de poderes, sino que es una expresión de la colaboración armónica que debe existir entre ellos para realizar los fines del Estado, en particular, la garantía de la efectividad de los derechos.¹⁹⁸ El exhorto es entonces un mecanismo de cooperación¹⁹⁹ que obliga o conmina a que la autoridad pertinente adecúe el ordenamiento jurídico a la Constitución, sobre todo tratándose de la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales. “Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional. Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente”.²⁰⁰

Los exhortos constituyen una forma de materializar el margen para la elección de medios, una vez el tribunal ha establecido fines constitucionales que se deben alcanzar tales como el amparo de los derechos a la igualdad y la dignidad a las parejas homosexuales por el vacío jurídico en la normativa para regularizar sus uniones civiles. La Corte ha proferido exhortos a distintas entidades para que hagan algo destinado a la realización de un derecho o para que dejen de hacer algo que afecta alguna dimensión normativa de la Constitución.

Según su naturaleza vinculante o no vinculante, los exhortos son de dos modalidades. Pueden obligar a la toma de acciones o plantear meras recomendaciones para legislar o realizar alguna acción en un determinado senti-

¹⁹⁸ Sentencia C-221 de 1997 (argumento citado en la C-743 1998, entre otras).

¹⁹⁹ La propia Constitución consagra el mecanismo del exhorto al Congreso para la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, tratándose de las funciones del procurador general de la nación (art. 278, núm. 4), por lo cual no resulta extraño que la institución a la que se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución pueda asimismo exhortar al Congreso para conseguir los mismos fines. Véase, sentencia C-473 de 1994.

²⁰⁰ Sentencia T-081 de 1993.

do. Ambos pueden igualmente declarar la constitucionalidad de la medida impugnada pero, por una parte, se reconoce un margen amplio del principio de libertad de configuración legislativa al incluirse solamente recomendaciones para que tome medidas determinadas o, de otra parte, el exhorto vinculante se expresa mediante una orden concreta, bien sea en la propia sentencia o en autos posteriores, que obligan a la toma de decisiones.

En el primer caso, como por ejemplo cuando acontece una omisión legislativa relativa, la Corte reconoce que carece de competencia para expedir normas que incluso podrían resultar convenientes o que se consideren adecuadas dentro del ordenamiento. En estos casos exhorta al Congreso para que regule, si lo estima conveniente, acerca de determinados asuntos. En la sentencia C-675 de 1999 lo planteó respecto de la inclusión como faltas constitutivas de mala conducta la tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial y genocidios dentro del régimen especial disciplinario aplicable a los miembros de la Policía.

Los exhortos a los organismos del gobierno para que cumplan sus funciones o al Congreso para que desarrolle la norma constitucional, constituyen una de las formas como la Corte realiza el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Las otras formas son: declarando la inconstitucionalidad, profiriendo sentencias condicionadas o aditivas en los casos de omisión legislativa relativa que afecta derechos tales como la igualdad o el derecho de defensa o acudiendo a la técnica de reenvío para que el legislador corrija la deficiencia.²⁰¹

4.1. Grado de control constitucional, según el tipo de omisión legislativa

Si bien los derechos pueden violarse no sólo por acción, sino también por omisión o acción insuficiente, la jurisprudencia ha reiterado que no toda omisión legislativa puede someterse a control constitucional. La Corte carece de competencia para realizar el control ante casos de omisión legislativa absoluta, es decir, donde el legislador no ha producido norma alguna en

²⁰¹ Sentencia C-442 de 2009.

relación con la materia de que se trata.²⁰² No puede emitir pronunciamiento de fondo ante una total ausencia de normatividad. La esencia del juicio de constitucionalidad es la existencia de una norma legal específica que es el objeto del análisis respecto de la Constitución,²⁰³ es decir, de una norma que se pueda confrontar materialmente con las disposiciones del texto constitucional.²⁰⁴ Sin evidenciar un deber específico de legislar del Congreso, la regla entonces es que no puede declararse una omisión y, por tanto, un exhorto obligatorio.²⁰⁵ Debe existir una realidad jurídica efectiva, una disposición legal, que pueda contrastarse a la Constitución para determinar si dicha legislación incompleta, parcial o insuficiente, conlleva una violación de un derecho, valor o principio.²⁰⁶ A partir de esta contrastación objetiva se demuestra la arbitrariedad o discriminación de la disposición examinada y, por tanto, se declara su inconstitucionalidad.²⁰⁷

Se requiere la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la omisión legislativa resulta incompatible con la Constitución. El tipo de exhorto está determinado por el tipo de omisión legislativa que encuentre la Corte en su examen constitucional. Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador frente a algo normativamente predeterminado o anhelado. En casos de omisiones relativas la Corte puede exhortar de manera perentoria y obligatoria, o también puede realizar recomendaciones y sugerencias a la autoridad respectiva. Ante omisiones absolutas procede exclusivamente el exhorto no vinculante.

²⁰² La competencia exclusiva de la Corte para fallar tratándose de omisiones legislativas relativas, se encuentra entre otras en las sentencias, C-543 de 1996, C-690 de 1996, C-423 de 1997, C-146 de 1998, C-407 de 1998, C-675 de 1999, C-635 de 2000, C-246 de 2001, C-090 de 2002, C-155 de 2002, C-185 de 2002, C-284 de 2002, C-809 de 2002, C-836 de 2002, C-871 de 2002 y C-311 de 2003.

²⁰³ Sentencia C-314 de 2009.

²⁰⁴ Sobre omisiones legislativas absolutas, C-780 de 2003, C-1154 de 2005 y C-542 de 2008. Ante ausencia de una norma susceptible de control no procede entonces el control constitucional, por lo cual la Corte —como en la C-543 de 1996— profiere sentencia en las que se inhibe de conocer el caso.

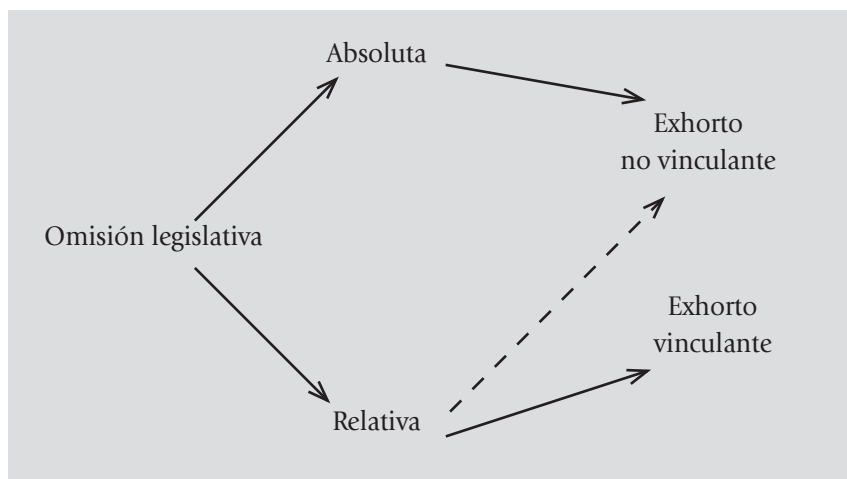
²⁰⁵ Sentencia C-442 de 2009.

²⁰⁶ Sentencia C-179 de 2014.

²⁰⁷ Las causales específicas para la configuración de una omisión legislativa relativa, se encuentran en la sentencia C-185 de 2002.

La competencia de la Corte radica entonces en casos de omisión legislativa relativa o parcial, es decir, donde el legislador, al regular una materia o institución determinada, omite algún sujeto o grupo poblacional, un supuesto de hecho, una consecuencia jurídica o algún aspecto que sería exigencia esencial para que la materia o institución estuviera acorde con la Constitución. Para que se configure la omisión legislativa relativa, la jurisprudencia ha señalado que debe acontecer, al menos, uno de estos tres eventos:

1. la expedición de una ley que, si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros;
2. la adopción de un precepto que corresponde a una obligación constitucional pero se genera una desigualdad injustificable porque excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás, y
3. la regulación de una institución que omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.²⁰⁸



²⁰⁸ Sentencia C-543 de 1996, citada en numerosas sentencias, como la C-132 de 1999 y la C-931 de 2009. Sobre omisiones legislativas relativas, también, C-823 de 2005, C-185 de 2002, C-891A de 2006, C-208 de 2007, C-394 de 2007 y C-463 de 2008. En general sobre omisiones legislativas, C-247 de 1995, C-536 de 1995, C-098 de 1996, C-188 de 1996 y C-745 de 1998.

Si bien la Corte no tiene entre sus funciones constitucionales la de fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados,²⁰⁹ por vía de las acciones públicas de inconstitucionalidad —que puede presentar cualquier ciudadano en contra de la constitucionalidad de una determinada ley o disposición— puede accionar al legislativo ante omisiones relativas. Al encontrar que el legislador ha incurrido en omisión de este tipo, la Corte —en lugar de declarar inválida la disposición objeto de control— ha proferido sentencias integradoras,²¹⁰ donde subsana estas omisiones legislativas relativas que resultan contrarias a la Constitución, al ordenar que al aplicarse la disposición se tomen en consideración supuestos que el legislador omitió en su regulación.²¹¹ Con estas sentencias se extiende un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en la disposición respectiva. El contenido normativo de la disposición se condiciona entonces a comprenderse en un sentido específico fijado en la sentencia. Se proyectan mandatos constitucionales sobre la legislación ordinaria para integrar vacíos o indeterminaciones normativas. En algunos casos de omisiones legislativas de este tipo el exhorto opera porque, si bien acontece una violación de la Constitución, declarar inexecutable la disposición inmediatamente también podría tener un efecto lesivo sobre la Constitución por el vacío normativo que se generaría.

En casos de vacíos y omisiones legislativas relativas la Corte también puede proferir sentencias interpretativas que condicionan la decisión de exequibilidad cuando la Corte:

1. al adelantar el juicio de constitucionalidad sobre un texto legal encuentra que se derivan varias interpretaciones de las cuales sólo una resulta constitucional y, por tal razón, decide mantenerla como parte del ordenamiento jurídico bajo ese entendido, y
2. decide expulsar la interpretación que es contraria a la Carta, pero manteniendo en el ordenamiento jurídico la disposición cuya constitucionalidad fue cuestionada.²¹²

²⁰⁹ Sentencias C-543 de 1996 y C-675 de 1999.

²¹⁰ Auto 256 de 2009. Las sentencias integradoras pueden ser *interpretativas*, *aditivas* o *sustitutivas*. Véase al respecto, entre otras, las sentencias C-149 de 2009 y C-325 de 2009.

²¹¹ Sentencias C-690 de 1996, C-405 y C-540 de 1997.

²¹² Sentencia C-038 de 2006.

El objetivo de este tipo de sentencias es evitar vacíos en el ordenamiento jurídico, manteniendo simultáneamente dos preceptos constitucionales valiosos: la garantía a la supremacía de la Constitución y el respeto a la competencia del Legislativo en su labor al conservar jurídicamente válido el precepto impugnado. Con estas prácticas se respeta entonces, hasta el mayor grado constitucionalmente posible, el margen de acción del legislador.

Para desarrollar el control constitucional, entonces, el texto legal debe existir materialmente para que en su examen se pueda considerar equivocado o imperfecto en algún aspecto al confrontarlo con la Constitución. La Constitución no se puede cotejar con un ideal normativo, por muy loable y legítimo que sea. La guarda de la integridad de la Constitución se efectiviza al realizar el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas relativas donde el legislador ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, es decir que no se realiza un juicio constitucional a partir de los deseos de la Corte porque hubiere una determinada norma. En este sentido resultarían inválidas entonces las críticas por el activismo colegislador de la Corte. La razón de ser de un Tribunal Constitucional se materializa en el ejercicio del control ante omisiones legislativas relativas, pues garantiza que las normas emanadas del representante de la voluntad general no ignoren criterios y deberes mínimos que, por decisión del mismo constituyente, deben atenderse en relación con el asunto bajo examen.²¹³

4.2. Tipos de exhortos y sus destinatarios

La manera idónea de clasificar los exhortos de la Corte Constitucional es entonces conforme a su grado de vinculatoriedad, es decir, si se trata de exhortos que consagran una orden específica, e incluso un plazo temporal para cumplirla y la respectiva rendición de cuentas, o por el contrario sólo consagra una recomendación para que se legisle sobre una determinada institución o se considere desarrollar un tema en evidencia de una omisión legislativa absoluta. Señala un fin constitucionalmente deseable, pero al no establecer referentes normativos, plazos o la obligatoriedad de rendir cuentas, se consideran exhortos no vinculantes.

²¹³ Sentencia C-314 de 2009.

En el quinquenio entre 2000 y 2015 —octubre— la Corte Constitucional profirió 215 sentencias donde en su parte resolutive se incluyen uno o varios exhortos hacia una o varias autoridades.²¹⁴ Las entidades más exhortadas durante este periodo fueron el Congreso, con 38, y el Gobierno Nacional en sentido amplio, particularmente los ministerios de salud, con 13, protección social, con 18, y educación, con 9.²¹⁵ Otros organismos exhortados por las sentencias de la Corte fueron la Presidencia de la República, otros ministerios, superintendencias, órganos de control, empresas y personas naturales.²¹⁶ Interesa analizar brevemente la naturaleza de estas medidas, para lo cual se omitirán exhortos menos representativos como aquellos proferidos hacia personas naturales o jurídicas.

4.2.1. Gobierno nacional en sentido amplio

Hacia el gobierno en sentido amplio es donde se dirigen más exhortos, en particular a los ministerios, toda vez que se trata de los organismos encargados de diseñar y ejecutar políticas públicas, impulsar acciones legislativas o prestar algún tipo de servicio público que se dirige hacia la garantía de derechos fundamentales como la salud y la educación. En el sistema institucional colombiano el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al Poder Ejecutivo, incluyendo los entes territoriales:²¹⁷ al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo. Por esta razón los ministerios al ser organismos encargados de formular, implementar y evaluar políticas públicas, son los más exhortados a cumplir mandatos constitucionales.

Los ministerios más exhortados son los de Salud, Protección Social y Educación, lo que resulta predecible en un país con tan altas tasas de pobreza y desigualdad como Colombia, y cuyo déficit en la protección de derechos

²¹⁴ Véase, anexos cuadro 1 Total de exhortos en el quinquenio 2000-2015.

²¹⁵ Véase, anexos cuadro 1 y cuadro 2 Entidades más exhortadas.

²¹⁶ Sobre la organización del Estado colombiano, véase <https://c-politica.uniandes.edu.co/oec/index.php?ac=rl>

²¹⁷ Art. 115 constitucional.

sociales se ha encargado precisamente de visibilizar la Corte en la revisión de las millones de acciones de tutelas que se presentan cada año.

El tipo de exhortos en materia de salud se dirigieron sobre todo a la adopción de medidas necesarias para garantizar este derecho en la realización de determinados tratamientos a personas naturales o en la adopción de medidas o políticas generales por parte del ministerio o de empresas prestadoras del servicio. Se le exhortó por ejemplo (T-105 de 2015) en el sentido de actualizar los sistemas de clasificación de enfermedades e incluyera una rara enfermedad hereditaria —síndrome de Híper IgE— como una enfermedad autónoma.

En algunas oportunidades se les exhortó conjuntamente a los ministerios de Salud y Protección Social para que implementen planes o mandatos ya dispuestos en ley, como por ejemplo cuando solicitó que se definiera la obesidad como una prioridad de salud pública, que se fortalecieran programas de prevención del sobrepeso y se promovieran buenos hábitos alimenticios y actividad física (T-861 de 2012). En casos de personas nacidas en condición intersexual, se les exhortó (Auto 405 de 2014) para que elaboren guías para su tratamiento y que puedan recibir un manejo adecuado en las instituciones de Salud cuando deseen la readaptación sexual.

En la sentencia T-770 de 2011 se exhorta al Ministerio de Salud y a su superintendencia adscrita, la de Salud, para que adopten las medidas tendientes a supervisar a entidades prestadoras de servicios de salud —Saludcoop y Cafesalud EPS—, para que cumplan efectivamente con órdenes previas impartidas en el sentido de no realizar cambios repentinos e injustificados en la prestación del servicio de salud y permitir que sus afiliados escojan la Institución Prestadora de Servicios médicos (centros, clínicas y hospitales) que prefieran.

Al Ministerio de Transporte se le exhortó por ejemplo (T-442 de 2013) a que promoviera la implementación de medidas que establezcan la forma y condiciones como puedan o no operar vehículos para transporte público, consistentes en bicicletas reformadas para llevar dos pasajeros en la parte trasera, llamados “bicitaxis”.

Los requerimientos al Ministerio de Defensa estuvieron dirigidos por ejemplo (T-1206 de 2001) hacia la evaluación del riesgo de las personas ve-

cinas a las estaciones de policía de los municipios afectados por la violencia y a la correspondiente adopción de medidas pertinentes para minimizar el riesgo al que estas personas se encuentran expuestas. Este es el caso de un padre de familia para quien, el hecho de que el jardín donde estudiaba su hijo se encontrara próximo a la estación de policía y a una base del Ejército representaba un peligro para la vida e integridad personal de los menores y de los trabajadores.

En un caso que involucró a un reconocido compositor de música vallanata, Rafael Escalona, la Corte se vio abocada a exhortar a los ministerios del Interior y de Cultura para que actualizaran la legislación sobre derechos de autor para brindar la adecuada y necesaria protección de la seguridad social de los artistas (T-367 de 2009).

En Colombia existe un grupo de organismos públicos de naturaleza técnica, denominados superintendencias, cuya función consiste en inspeccionar, vigilar y controlar sectores como las telecomunicaciones, la seguridad privada, el comercio, el mercado financiero, las sociedades comerciales, los puertos y el transporte, los servicios públicos así como los servicios notarial y prestador de salud. Algunas están adscritas al ministerio respectivo, según la materia, mientras que otras hacen parte del orden nacional y son entidades descentralizadas. Dependen en todo caso del gobierno nacional. Los exhortos hacia las superintendencias han estado dirigidos sobre todo hacia el cumplimiento de sus funciones, atendiendo criterios temporales, como plazos fijados y estándares constitucionales como el goce efectivo de los derechos.

La Superintendencia de Salud fue exhortada en una oportunidad (auto 245/10) para que, en el término de cinco días, informara a la Corte así como a otras entidades, las sanciones impuestas a las Entidades Prestadoras de Salud por el incumplimiento de una de las órdenes impartidas en la macrosentencia sobre la fundamentalidad y garantía del derecho a la salud (T-760 de 2008).

Un típico exhorto conminativo fue el dirigido al Departamento Administrativo de Presidencia de la República (T-878 de 2014) para que evaluara la facilidad y oportunidad con la que las mujeres agredidas pueden acceder a las ayudas consagradas en el decreto 2734 de 2012, que reglamenta las

medidas de atención a las mujeres víctimas de violencia y, de ser necesario, para que adoptara las modificaciones pertinentes que impidan la revictimización de la población femenina agredida.

El reconocimiento de los derechos sociales requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.²¹⁸ Los derechos sociales de muchas personas —la mayoría, de hecho, en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas— son precondiciones para el ejercicio de los clásicos derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza, asociación y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada; son, en este contexto, “fórmulas vacías”.²¹⁹ La Corte Constitucional eliminó la separación constitucionalmente consagrada entre derechos fundamentales y derechos sociales, cuyo amparo requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.²²⁰ La protección a los derechos sociales procura crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad.

4.2.2. Congreso

El Congreso —como órgano elabora, reforma y deroga las leyes— ha sido la segunda entidad más exhortada por parte de la Corte. El exhorto natural al Congreso es para que legisle pero la mayoría, al respetar su margen de

²¹⁸ Bobbio, Norberto (ed.), *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

²¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 488 y ss.

²²⁰ Bobbio, Norberto (ed.), *op. cit.*, p. 541.

configuración legislativa ante omisiones absolutas,²²¹ son recomendaciones o sugerencias para legislar en determinado sentido. Ante omisiones legislativas absolutas o relativas, es decir, mandatos constitucionales que se deben cumplir o recomendaciones para que en el ámbito de su discrecionalidad el Congreso regule, se encuentran exhortos como los siguientes.

En 1994 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la prohibición de huelga en los servicios públicos, consignada en el Código Sustantivo del Trabajo.²²² Ante una omisión legislativa absoluta —porque después de 15 años de expedida la Constitución el Congreso aún no había desarrollado el artículo 56 constitucional (“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”) que le asignaba la función de definir los servicios públicos esenciales para restringir legítimamente en esos casos el derecho a la huelga— resolvió exhortar al Congreso para que, en un plazo razonable, expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde con la Constitución. El exhorto fue el mecanismo elegido para “excitar la actividad legislativa”.²²³

Toda vez que 10 años después no se había atendido el exhorto correspondiente, no obstante la evidencia de la omisión legislativa absoluta, en la sentencia C-691 de 2008 la Corte fue un poco más allá de la mera reiteración del exhorto y resolvió que, mientras el Congreso legislaba al respecto, se debía respetar la regla general del artículo 56 constitucional que amplió el alcance del derecho de huelga. Al Congreso corresponde entonces restringir la garantía del derecho al definir los servicios públicos esenciales. Sostuvo la sentencia que “el silencio del legislador no obsta para que los sindicatos ejerzan el derecho de huelga y para que este derecho sea interpretado y aplicado en un sentido amplio en punto a los *ámbitos* de actividad

²²¹ Otras sentencias donde exhorta al Congreso en casos de omisiones legislativas absolutas, son C-473 de 1994, C-691 de 2008, T-171 de 2011 y T-087 de 2012.

²²² Sentencia C-473 de 1994.

²²³ Como sostuvo en su concepto de rigor el procurador general de la época, Orlando Vázquez Velásquez, en la sentencia C-543 de 1996.

en los cuales este derecho está garantizado".²²⁴ Sobre cuestión similar, en la sentencia T-171 de 2011,²²⁵ se volvió a exhortar al Congreso para que desarrollara legislativamente el artículo 56, tratándose en particular de la regulación de la huelga en el sector petrolífero a partir de su definición o no como servicio público esencial.²²⁶

El Congreso ha sido reiteradamente exhortado (la última ocasión en sentencia C-511 de 2013) para que en ejercicio de su potestad de configuración normativa y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. En este sentido le llamó la atención sobre la necesidad improrrogable de que expida, según lo ordenado por el artículo 53 constitucional, el Estatuto del Trabajo a partir de los principios mínimos fundamentales de la relación laboral (C-750 de 2008).

Otros exhortos han sido, por ejemplo, para que se adicione el tipo penal de inasistencia alimentaria incluyendo a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho (C-016 de 2004). Originalmente no se consideró la inasistencia entre compañeros permanentes, motivo por el cual, en lugar de expedir una sentencia de exequibilidad condicionada, se exhortó al Congreso para que se enmendara la falencia.

Se le exhortó para que expidiera una regulación normativa que garantice el acceso a la justicia laboral y de seguridad social en los municipios sin jueces civiles o laborales del circuito (C-828 de 2002) y para que regulara lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar (C-728 de 2009) o, de manera urgente y prioritaria, sobre las reglas que permitan registrar e identificar a las personas intersexuales o con genitales ambiguos

²²⁴ Sentencia C-691 de 2008, citada en lo pertinente, entre otras, en la sentencia C-728 de 2009. Ya en la sentencia C-473 de 1994 la Corte había exhortado al Congreso para que en un plazo razonable expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución.

²²⁵ Luego en la sentencia T-087 de 2012 reitera a su vez el exhorto proferido en esta sentencia T-171 de 2011.

²²⁶ El legislador colombiano en algunas leyes que regulan servicios públicos ha optado por definirlos como esenciales, tal como respecto de los servicios públicos domiciliarios la ley 142 de 1994.

para garantizar su derecho a la personalidad jurídica teniendo en cuenta el interés superior del menor (T-450A de 2013).

En la T-476 de 2014 se exhortó para que tramitara una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero. Los exhortos también pueden estar dirigidos al impulso para tramitar proyectos de ley, como en el dirigido al Congreso y al Gobierno Nacional (T-891 de 2003), para que se regulara la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. En un exhorto conjunto al Congreso y al gobierno se les solicitó que regularan el acceso a vivienda digna con enfoque diferenciado por déficit total de protección (C-359 de 2013).

Un tipo frecuente de exhorto es el dirigido hacia la actualización de la legislación para adecuarla a los mandatos constitucionales, por ejemplo, (C-230A de 2008) en materia electoral conforme al modelo de organización electoral de la Constitución de 1991 y a la reforma constitucional de 2003, o (T-926 de 2009) en lo concerniente a los proceso de liquidación forzosa administrativa para garantizar la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia.

Si bien la regla general es que ante omisiones legislativas relativas sólo procede el exhorto conminativo no vinculante, desde el inicio de su jurisprudencia la Corte encontró que si dicha omisión recae sobre el desarrollo de derechos constitucionales, tales derechos deben aplicarse de manera directa e inmediata, sin que el silencio del legislador se considere obstáculo para el efecto.²²⁷ A pesar de que la omisión legislativa se declare relativa, en casos excepcionales, la Corte ha exhortado de manera vinculante al Congreso para que llene el vacío normativo encontrado. Por ejemplo, ante la omisión en el desarrollo legislativo de derechos sociales, la Corte se preguntó tempranamente si el juez constitucional debe contemplar inerte las múltiples afectaciones a los derechos constitucionales, incluso a los clásicos de libertad, por la carencia del tipo de provisiones que amparan estos dere-

²²⁷ Sentencia C-728 de 2009.

chos o debe en cambio definir su contenido, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional.²²⁸

En materia de *habeas data* operó un fenómeno similar. La Corte exhortó al Congreso para que, en consecuencia, legislara y remediara el vacío legislativo²²⁹ pero, ante la omisión de regulación, la Corte entra en escena y establece unos criterios jurisprudenciales para la aplicación de dicho derecho. La sentencia T-729 de 2002, presenta uno de los casos en los que la Corte ha exhortado al Congreso para que corrija una omisión legislativa absoluta. En este fallo, la Corte vuelve a recalcar²³⁰ la ausencia de regulación, la deficiencia de mecanismos de protección de los derechos fundamentales relacionados con el manejo de las bases de datos y reitera la invitación al Congreso, así como a otras entidades para que “en la medida de sus posibilidades presenten e impulsen respectivamente, un proyecto de ley estatutaria que ofrezca una regulación amplia, consistente e integral en la materia”.

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.²³¹

²²⁸ Criterio citado por la jurisprudencia constitucional colombiana que constituyó un importante sustento a la idea, según la cual, los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, justiciables judicialmente. Véase la pionera sentencia T-406 de 1992.

²²⁹ Sentencia C-687 de 2002.

²³⁰ Como había hecho previamente en las sentencias T-414 de 1992, SU-082 de 1995, SU-089 de 1995 y T-307 de 1999.

²³¹ Sentencia T-406 de 1992, citada entre muchas otras en la sentencia C-543 de 1996.

La solución opuesta que supone la no intervención judicial desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos²³² y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos.²³³

Uno de los exhortos más polémicos por omisión legislativa relativa, ampliamente discutido en los últimos años, fue el que involucró el derecho de los homosexuales a que su unión en pareja fuera regulada por el Congreso, de manera discrecional, pero a partir de dos estándares: uno *temporal* y otro *normativo*. El primero consistía, por la evidente y urgente necesidad de remediar el déficit de protección, en la toma de la decisión dentro de los dos años siguientes a la sentencia. El segundo que, se decidiera extender el derecho al matrimonio o crear una nueva figura jurídica que solemnizara civilmente sus uniones, fuera a partir del entendido constitucional de que las parejas homosexuales constituyen una forma admisible de familia. Además si después de los dos años persistía el vacío legislativo, las parejas homosexuales podrán acudir ante notario o juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”, así el trámite no pueda ser llamado “matrimonio” y lo que lleven a cabo los notarios se denomine “contrato de solemnización del vínculo marital entre personas del mismo sexo”.

En la sentencia C-577 de 2011, si bien se declaró constitucional la normativa civil que regula el matrimonio como “un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse”, se declaró un déficit de protección que vulnera el derecho a la igualdad. En consecuencia, se reconoció un derecho a que los homosexuales contaran con un contrato para formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la

²³² Art. 2 constitucional. Son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados. Art. 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables. Art. 13, inc. 2, El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

²³³ Art. 228 constitucional.

surgida de la unión de hecho, dice la sentencia. Se le exhortó entonces para que legislara, de manera sistemática y organizada, al respecto.²³⁴

En similar sentido se pronunció en un exhorto en la sentencia C-792 de 2014, donde exigió al Congreso que, en un año, regulara integralmente el derecho a impugnar las sentencias condenatorias. De no hacerlo, advirtió, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

4.2.3. Gobierno nacional en sentido estricto

El Gobierno Nacional en sentido estricto —Presidencia de la República— ha sido destinatario de las sentencias exhortativas de la Corte para que reglamente asuntos de su competencia o para que supervise y verifique cuestiones relacionadas con la protección de derechos. Como ejemplo de estos exhortos pueden destacarse el exhorto para que reglamentara “en un plazo razonable” una ley (715 de 2001) sobre traslado y reubicación de docentes amenazados (T-795 de 2003) o aquel para que verificara la implementación de las leyes de integración social de los discapacitados y de la Convención de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de esta población, específicamente, en lo atinente al derecho a la accesibilidad física (T-553 de 2011). En la medida que hay una reserva frente a leyes que decreten exenciones tributarias, porque por mandato constitucional deben ser de iniciativa gubernamental, se exhortó al Gobierno Nacional (T-621 de 2014) para que conforme a las diferentes iglesias reconocidas y en el menor tiempo posible, presentara un proyecto de ley que garantice su trato igual en materia tributaria.

4.2.4. Órganos de control

En uno de los exhortos al Congreso para que aprobara un proyecto de ley estatutaria sobre las condiciones de ejercicio, principios y mecanismos ju-

²³⁴ El Congreso acató el mandato e intentó legislar, pero el proyecto “se hundió” durante el trámite parlamentario el miércoles 22 de abril de 2013. Recibió 17 votos a favor y 51 en contra.

diciales y administrativos de protección de los derechos fundamentales al *habeas data* (T-729 de 2002), profirió exhortos en el mismo sentido al procurador general y al defensor del pueblo a fin de que promovieran la presentación de un proyecto de ley para dotar a los ciudadanos de mecanismos suficientes para la protección de los derechos fundamentales, además del *habeas data*, a la intimidad, libertad e información, entre otros.

En la sentencia SU-624 de 1999 se dirigieron exhortos tanto al Procurador General como a la Contraloría General. En el primer caso para que se asignara una unidad para que verifique si el ministro de Educación, los gobernadores, los alcaldes, el ICETEX, están ejercitando diligentemente la función educativa que les corresponde en virtud del ordenamiento legal. En el segundo, para que efectuara un control sobre la gestión y resultado y verifique la eficiencia y la economía con que la Administración Pública hace efectivo el derecho a la educación.

A las cabezas de Ministerio Público, es decir a la Procuraduría y a la Defensoría del Pueblo, se les exhortó (T-857 de 2013) para que continúen con su labor de vigilancia y control respecto del cumplimiento, por parte de los centros de reclusión, de las previsiones para que los nuevos cumplan, desde el inicio, con todas las condiciones básicas en su infraestructura, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

4.2.5. Otras entidades exhortadas

Personas jurídicas de naturaleza privada fueron también exhortadas en sentencias de tutela para que cesara la vulneración de derechos fundamentales²³⁵ como la asociación sindical —contra la empresa propietaria de los reconocidos cafés OMA y la empresa transportadora de valores BRIKNS (T-386 de 2011 y T-340 de 2012)— y el acceso a la información para respetar el derecho fundamental de petición de usuarios del sistema bancario —contra

²³⁵ La acción de tutela es un mecanismo judicial para propender por la garantía y protección de los derechos fundamentales (art. 86 constitucional). Procede contra particulares cuando el particular presta un servicio público, su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo, o el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

los bancos Central Hipotecario y Granahorrar— para que en un término preciso adoptaran procedimientos que garantizaran el acceso a la información a sus deudores de créditos hipotecarios (T-219 de 2001).

Finalmente, dentro de los otros tipos de exhortos, quizá relevante observar cómo la Corte conmina a los miembros de la rama judicial. En un caso exhortó al Consejo Superior de la Judicatura (T-601 de 2013) para que verificara la implementación de la normativa que garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad respecto del derecho al trabajo y el empleo en los cargos públicos y para que (T-969 de 2009) adoptara medidas internas para que las tutelas presentadas contra sus decisiones, sean resueltas por la misma Corporación, en garantía del principio de imparcialidad y el derecho a la doble instancia.

En otros casos, exhortó para que los jueces siguieran la jurisprudencia constitucional. En la T-892 de 2013 exigió que se le diera estricto cumplimiento a los lineamientos fijados por la propia Corte en materia del régimen de transición que había establecido en varias decisiones.²³⁶ En la T-207 de 2012 exhortó a que en futuras ocasiones cuando se deba fallar sobre casos con supuestos de hecho similares, reconozcan y apliquen la jurisprudencia que sobre la materia ha fijado la propia Corte. En la sentencia T-1160 de 2001 profirió un particular exhorto a una magistrada del Tribunal Superior de Ibagué para que agilizará el trámite de los procesos pendientes de resolver y para que en el futuro resuelva dentro del término los recursos de apelación interpuestos.

²³⁶ Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013 y C-258 de 2013.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

El Estado existe para cumplir unos fines determinados y uno de los más importantes, sino el más, es la realización de los derechos. Los órganos estatales tienen, por tanto, la obligación de remediar los casos de discriminación, mejorar las situaciones de desigualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones de existencia de los ciudadanos. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos —es decir, impedir que organismos del Estado maten, desaparezcan o se entrometan en los proyectos particulares del buen vivir y la buena vida—, sino también en amparar de la discriminación y en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales.²³⁷ El déficit en la protección de los derechos sociales, así como en las garantías a la igualdad y la prohibición de discriminación, imposibilita la realización de una democracia constitucional fundada en la garantía a la dignidad, en el respeto del principio de igualdad y en la realización de los derechos como fin del Estado.

Ante la gravedad de la situación de comunidades plurales de personas a las que, como consecuencia de problemas estructurales en la política estatal, se les vulneran de forma masiva, prolongada y reiterada los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños ¿cuál debe ser el rol apropiado de una institución que, como el tribunal constitucional, no tiene representación popular, injerencia directa en cómo se destina el presupuesto ni un rol bien

²³⁷ Sentencia C-251 de 1997.

definido, ni en la Constitución ni en la ley, en el proceso de formación de las políticas públicas?

La desidia o la pereza legislativas suscitan formas de activismo judicial en virtud de las cuales se han impartido órdenes o exhortos vinculantes, pero sobre todo se ha respetado el margen de configuración legislativa del Congreso profiriendo exhortos conminativos ante casos de omisiones legislativas absolutas. Sólo en casos excepcionales de omisiones absolutas que implican una grave afectación a derechos fundamentales, la Corte ha tomado medidas activistas en procura de amparar la provisión consagrada en el derecho. Si bien la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido que, por ejemplo tratándose de la corrección de las desigualdades sociales, deben implementarse medidas legislativas, porque en muchos casos está sujeta a apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema.

Respecto de las políticas públicas, la Corte en general ha procedido consciente de que su labor no consiste en formularla y exigir su implementación, sino en integrarse en dicho proceso conminando a crearla al organismo estatal que debe hacerlo o impartiendo órdenes que impulsen la ejecución efectiva de una política ya existente. Ha exigido también que en audiencias se le rinda cuenta del cumplimiento de las órdenes que imparte. Más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendentes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte en general ha respetado la competencia del Ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla.

El juez constitucional puede ordenar a las autoridades que, dentro de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para remediar situaciones de afectación de derechos. Puede ordenar incluso que se apropien los recursos necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sin que ello signifique ordenar gastos no presupuestados ni modificar la política diseñada por el legislador. En algunos casos la función de la Corte corresponde con la identificación de un asunto y la justificación de que sea definido como problema que debe

fijarse en la agenda para la respectiva creación o activación de la política pública respectiva.

La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas al principio y al final. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. La Corte interviene entonces en el proceso inicio, señalando un problema y sustentando que debe merecer la atención estatal, y luego al final evaluando los resultados de las políticas diseñadas e implementadas por el gobierno.

Como la Corte es consciente de que órdenes complejas o exhortos vinculantes pueden afectar la libre configuración legislativa o pueden tener costo económico e impacto fiscal, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo debe crear una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. No es deber del juez constitucional indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, sino tomar las decisiones e impartir las órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.²³⁸

A partir del activismo progresista los tribunales constitucionales pueden volverse actores políticos singularmente relevantes en la edificación de una democracia constitucional, como ha demostrado la Corte colombiana que ha sido protagonista institucional en el remedio de situaciones discriminatorias y en algunos casos en el proceso de formación de políticas públicas sociales. Desde sus inicios empezó a edificar lo que ahora es una jurisprudencia sólida en algunas materias, rigurosa en su argumentación y particularmente enfocada en el acceso a la justicia de quienes tradicionalmente han estado por fuera del amparo judicial de sus derechos.

El objetivo de los exhortos, la declaratoria de estados de cosas inconstitucional y las órdenes complejas que ha impartido en algunas sentencias, es orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disocia-

²³⁸ Sentencia T-760 de 2008.

ción entre las medidas políticas. La Corte más que legislar e imponer su voluntad, como se le critica, ha procurado orientar la atención política hacia determinadas áreas o destrabar una política existente pero ineficaz. La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo y asimismo otorga un argumento adicional al planteamiento conforme al cual esta Institución ha sido en general respetuosa de las funciones y competencias de los otros organismos del Estado. La Corte ordenó al Gobierno Nacional que, en tres meses, diseñara una política pública nacional para enfrentar los efectos nocivos que para el ambiente tiene la actividad minera. Exigió que se tuvieran en cuenta las recomendaciones que en la materia viene haciendo la Organización Mundial de la Salud. Encargó a organismos de control el examen del cumplimiento de las órdenes impartidas y, en particular a la Defensoría del Pueblo, la verificación del cumplimiento de la orden relativa a los derechos de las víctimas.

De esta forma la Corte ha visibilizado problemas sociales, permitiendo que adquirieran significación política y, en este sentido, también se ha definido su rol institucional como un verdadero actor político. La experiencia colombiana en este campo es relevante porque puede constituir uno de los principales aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y a la academia internacionales sobre la garantía y el desarrollo de los derechos fundamentales, así como sobre las formas adecuadas de judicialización de la política.

La experiencia colombiana enseña que las decisiones activistas se deben evaluar críticamente en su fundamentación y sus efectos, en vez de criticar la filosofía general que la inspira. La colaboración entre las ramas del poder público cuando se ha suscitado desde el Poder Judicial, ha planteado un interesante caso para el derecho constitucional regional por los recursos ideados para amparar garantías constitucionales. La forma de gestionar instrumentos y recursos escasos, así como la cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública de desplazamiento, han constituido referentes global acerca de los límites y posibilidades de alcanzar grados de progreso social vía progresismo jurisprudencial.

Uno de los ejemplos más interesantes al respecto es el de los fallos que han otorgado derechos a los homosexuales, quienes habían dado una lucha fracasada ante la instancia legislativa por el reconocimiento de sus derechos, fundamentalmente la igualdad en materia civil —poder heredar, afiliarse a la seguridad social y pensión a su respectiva pareja, y poderse casar—. Ante vacíos legislativos y fallidos proyectos de ley emprendieron una errática iniciativa de litigio para procurar conseguir la declaratoria de inexequibilidad constitucional de varias normas violatorias de derechos y principios fundamentales.

Otro ejemplo lo constituyen los derechos fundamentales innominados. A partir de la interpretación sistemática de la Constitución y de la concepción, en virtud de la cual, los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr su garantía efectiva la Corte ha encontrado, dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos que ha creado en precedentes y que ha continuado su protección en líneas jurisprudenciales consolidadas.²³⁹

Cuestiones abandonadas por la política tradicional, sobre todo en temas moralmente polémicos —aborto, eutanasia, matrimonio homosexual— o electoralmente poco representativos —atención a la población desplazada o a los defensores de derechos humanos—, han sido asumidas entonces por el aparato judicial que durante los años ha sido ampliamente percibido como comprometido en la defensa de los derechos fundamentales. El activismo judicial en Colombia ha ocasionado un paradójico desplazamiento de la legitimidad democrática del sistema político hacia el sistema judicial.

De las sentencias estudiadas que exhortan al Congreso o a los ministerios, lo primero que se evidenció fue que la situación más frecuente en la cual el juez constitucional exhorta a la rama legislativa es cuando se presentan omisiones legislativas. Ante omisiones absolutas se observa un respeto por la facultad de iniciativa legislativa y, por tanto, la Corte en estos casos ha seguido la regla general de proferir exhortos conminativos no vinculantes.

²³⁹ Se trata del mínimo vital, la dignidad humana, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

Sólo en casos puntuales que involucraron la garantía de derechos fundamentales, tomó la Corte decisiones y, en este sentido, dirigió exhortos para legislar en determinado sentido en procura de resguardar derechos por cuyo silencio el Legislativo estaba afectando.

En la jurisprudencia constitucional colombiana la práctica de proferir exhortos se ha ejecutado fundamentalmente de manera no vinculante a la forma de una conminación o recomendación,²⁴⁰ dirigida hacia determinadas autoridades para procurar estimularlas a que ejecuten una determinada medida o tomen cierto rumbo de acción constitucionalmente deseable. Al declararse una omisión legislativa relativa la Corte ha optado por *exhortar*, en vez de *ordenar*, al legislador. Sólo en casos donde la omisión legislativa se declaró relativa, pero que afectaba derechos constitucionales, la Corte exhortó de manera obligatoria. Sostuvo que de otra forma se vulneraría la superioridad normativa de la Constitución y no se alcanza uno de los fines del Estado: la realización de los derechos.

Según la omisión declarada, si es *absoluta* o *relativa*, y los derechos involucrados, así como su grado de afectación o no satisfacción, la Corte ha exhortado al Congreso o a los ministerios no sólo a regular o desarrollar un tema, sino que ha establecido, con grados variables de especificidad, los marcos dogmáticos a partir de los cuales debe realizar dicho desarrollo. En estos casos, no obstante constatar que el legislador ha omitido un deber constitucional, el carácter absoluto de la omisión impide que la Corte, en sede de control abstracto de normas, adopte una medida orientada a subsanarla, en tanto no actúe el legislador. Se trata de escenarios donde, para el desarrollo legislativo de un mandato constitucional, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración. Esta circunstancia impide que la Corte imponga, como obligado a la luz de la Constitución, un determinado conjunto de disposiciones de entre las múltiples alternativas políticas disponibles para el legislador.

Esta práctica, según el caso, preserva la libertad de configuración legislativa, el principio de legalidad y el principio democrático, así como en casos de exhortos penales, las libertades individuales. El exhorto obligatorio pro-

²⁴⁰ Sentencia T-254 de 2014.

cede únicamente cuando de manera previa se ha evidenciado una omisión legislativa absoluta porque el Congreso, por ejemplo, no ha desarrollado legislativamente un mandato constitucional. Es decir, porque no ha cumplido su función expresamente señalada por mandato constitucional en una materia específica.

Un buen ejemplo de este planteamiento se encuentra en las cuatro sentencias que, en virtud del mandato del artículo 56 constitucional, exhortaron al Congreso para que definiera las actividades que constituyen servicios públicos esenciales y en qué situaciones puede limitarse el derecho de huelga y para que actualice la legislación laboral de manera acorde a los dictados constitucionales y a los convenios internacionales del trabajo que forman parte del bloque de constitucionalidad. Se encuentra también en las sentencias donde exhorta al Congreso para que expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle adecuadamente la Constitución.

En sociedades no-bien ordenadas como las latinoamericanas, caracterizadas por desigualdad social estructural y déficit masivos y reiterados en la garantía de derechos mínimos como los sociales, así como de los derechos básicos de libertad, es donde el activismo que defiende y promueve el neoconstitucionalismo ha encontrado particular terreno fértil para su defensa doctrinaria y desarrollo judicial. A partir de tres elementos —la expedición de una nueva Constitución, la transformación de las prácticas jurisprudenciales en el contexto de la creación y desarrollo judicial del derecho, y la renovación de la literatura jurídica—, se ha configurado en medio de discusiones en las altas cortes, entre las ramas del poder público y la academia jurídica la recepción de elementos del canon neoconstitucional trasnacional.

La manera idónea de contribuir con la defensa del neoconstitucionalismo respecto de su recepción, es a partir de trabajos donde se acoja, no sólo el reto teórico de comprender adecuadamente y con precisión las obras que circulan en nuestros ambientes intelectuales, sino también y, sobre todo, el reto sociológico de leer tales obras en clave de recepción haciendo un esfuerzo adicional por adaptar ideas, tesis, doctrinas e instituciones judiciales foráneas a los procesos locales de concepción y aplicación del derecho. Se propone una versión del neoconstitucionalismo menos ambiciosa teóricamente, en su fundamentación filosófica, y más comprometida constitucio-

nalmente con la comprensión, la defensa y la proyección de formas particulares de adaptar instituciones jurídicas extranjeras en las formas locales de comprensión del fenómeno jurídico en la academia, la enseñanza del derecho y la judicatura.

La teoría de Alexy, por destacar una de las más influyentes doctrinaria y dogmáticamente en América Latina y en Colombia, en particular, no sólo sirve como material para dar clase o preparar artículos y conferencias, sino como herramienta para resolver casos concretos. Este trabajo, en el marco del desafío que la implementación del neoconstitucionalismo plantea para los países de la región, y luego de analizar a partir de la dogmática de los márgenes de acción cómo se debe ejercer el activismo judicial, reconstruyó algunas de las principales líneas jurisprudenciales donde dicha teoría de los márgenes de acción probó su utilidad en la explicación del comportamiento de la jurisprudencia de la Corte en el contexto de la defensa de su filosofía activista, y en general acerca de la comprensión del cambio en los sistemas jurídicos que ha traído consigo la implementación de algunos elementos modulares recogidos dentro de la fenomenología neoconstitucional.

La justificación de figuras como el estado de cosas inconstitucional, las órdenes complejas y los exhortos que se imparten para atender casos de violaciones a derechos, radica en la imposibilidad de que el juez constitucional, so pretexto de no invadir esferas de otros poderes, contemple indemne una situación, una realidad, contraria a la Constitución. Su función le exige cumplir con el goce efectivo de los derechos. El activismo puede derivar en nuevas formas de la tensión entre, de una parte, la garantía de derechos como igualdad material, justicia real y libertad efectiva, y principios como el pluralismo y la dignidad humana, y, de otra, la salvaguarda de la regla de mayorías y del principio de autogobierno colectivo, es decir, la tensión entre el constitucionalismo y la democracia. Si queremos contar con ordenamientos jurídicos constitucionalizados y con una Constitución que no se quede en la letra muerta de sus disposiciones, sino que tenga fuerza normativa, parece forzoso amparar alguna forma de activismo judicial.

La superioridad de la Constitución se guarda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, leyes o actos legislativos, que contrarían sus mandatos y preceptos; la integridad de la Constitución se guarda

desarrollando normativamente las provisiones que, en forma de garantías iusfundamentales, se incluyeron siguiendo una tendencia transnacional que además propugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional. La configuración de una dogmática de los márgenes de acción conduce, tanto a reconocer la competencia de los tribunales constitucionales en la compleja tarea de crear y desarrollar el derecho, como a graduar su posibilidad de acción en el contexto de las funciones y las competencias de los organismos del Estado, sobre todo, del Congreso al decidir sobre qué legisla y del gobierno para diseñar y ejecutar políticas públicas.

A partir de la claridad sobre los tres tipos de márgenes de acción la Corte, si bien ha indicado fines que se deben alcanzar, ha respetado el margen para la elección de medios y, sobre todo, el margen para la ponderación en casos de política pública social donde todos los fines constitucionalmente deseables no se pueden alcanzar debido a restricciones presupuestales. La construcción de una dogmática de los márgenes de acción en el contexto de sistemas jurídicos constitucionalizados y donde la máxima validez formal y la expansión de los contenidos constitucionales materiales responden a las características de la Constitución política colombiana, constituye la principal manera de garantizar la Constitución al tiempo que se respeta la iniciativa legislativa.

El tipo de activismo por el que se ha propendido en Colombia, finalmente, constituye otro factor por el cual se trata de una experiencia interesante en términos de derecho comparado, toda vez que ha suscitado un cambio de enfoque y un mayor compromiso crítico de la academia. En contextos de reconocido activismo sobre todo es inconveniente que la academia mantenga una deferencia acrítica hacia los tribunales constitucionales, pues le corresponde uno de los controles más importantes en las nuevas democracias constitucionales, como es el control a la labor del tribunal constitucional, para contribuir a dar respuesta a la objeción típica de: ¿quién controla al controlador?, ¿quién nos defienden del defensor de la constitución?²⁴¹ Toda vez que este control es extrajurídico porque está por fuera de

²⁴¹ Evoco aquí la conocida discusión entre Kelsen y Schmitt acerca de quién debe ser el guardián, o defensor, de la Constitución durante la crisis de la democracia de Weimar.

las instituciones formales, el rol de la academia es esencial para controlar y vigilar la actividad de los tribunales constitucionales. La academia constitucional, además de la publicación de artículos especializados, tiene también un papel fundamental que desempeñar en la crítica a la jurisprudencia, en la veeduría a los organismos del poder público encargados de garantizar los derechos y en la difusión ciudadana de las mejores ideas y posiciones jurídicas ante casos controversiales, mediante, por ejemplo, columnas de prensa, participación en programas de radio y televisión, y con una activa participación en la configuración de una opinión pública deliberante y crítica.

BIBLIOGRAFÍA

Libros individuales y colectivos, conferencias, discursos y tesis de grado

- AGUILÓ, Josep, "Sobre la Constitución en el estado constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 24, 2001.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, núm. 1, 2010.
- AHUMADA, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.
- ALEXV, Robert, "A Defence of Radbruch's Formula", en DYZENHAUS, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law, The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999.
- _____, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2ª ed., Madrid, Trotta-UNAM-IJ, 2011.
- _____, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.
- _____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.
- _____, "Mi teoría del derecho", Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado *honoris causa*. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1989.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007.
- _____, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 1995.
- _____, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.
- _____, "Two or Three?", en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, núm. 119, Beiheft, 2010.

- ____ y BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001.
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004.
- ____, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BARBERIS, Mauro, "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", en *Ragion Pratica*, 2000.
- ____, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- ____, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.
- ____, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- ____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007.
- BOBBIO, Norberto (ed.), *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BÖHMER, Martín Federico, "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-III, vol. 47, núm. 141, sep-dic, México, 2014.
- BONILLA, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2009.
- ____ e ITURRALDE, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ____, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- ____, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM-III, 2007.

- ____, "El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis", en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- ____, "Prólogo", en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-III, 2015.
- ____ y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2ª ed., Madrid, Trotta-UNAM-III, 2011.
- CÁRDENAS, Blanca R., *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, serie "Temas de Derecho Público", Bogotá, Universidad Externado, 2011.
- CEPEDA, Manuel José, "La Constitución y el juez. Nuevos enfoques interpretativos", en *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- ____, "La judicialización de la política en Colombia, lo viejo y lo nuevo", en SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line y ANGELL, Alan (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.
- ____, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- CIFUENTES, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, UNAM-III, 2008.
- CLÉRICO, Laura, "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en FABRA, Jorge y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2016.
- ____, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- ____, "Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- ____, "Il positivismo giuridico, un tentativo di bilancio", en *Studi in onore di Franca de Marini*, Milán, Giuffrè, 1999.
- COMPSTON, Christine y WARREN, Earl, *Justice for All*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.
- ____, *Diccionario de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

- DOGLIANI, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994.
- DONOSO, José, *Historia Personal del "Boom"*, Barcelona, Anagrama, 2012 (1972).
- DWORKIN, Ronald, "Natural Law Revisited", en *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, núm. 2, 1982.
- _____, *Derechos, libertades y jueces*, ed. por Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell, 2ª ed., México y Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- _____, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- EASTERBROOK, Frank H., "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?", en *University of Colorado Law Review*, núm. 73, 1401, 2002.
- ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000.
- FABRA, Jorge y GARCÍA J., Leonardo (eds.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015.
- FARRERA BRAVO, Gonzalo, "La judicialización de la política. El caso de México en perspectiva comparada", en *Revista IUS*, vol. 6, núm. 30, jul-dic, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales", en FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan y ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- _____, "Pasado y futuro del estado de derecho", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- _____, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- _____, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001.
- _____, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007.
- _____, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, Laterza, 2007.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, CEP, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Prólogo" a Jorge Zavala, *Derecho constitucional, neo-constitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

- _____, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático", en *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, vol. 60, núm. 2, may-ago, 2015.
- _____, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-III, 2015.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, "El derecho como esperanza, constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRÍGUEZ, César y UPRIMNY, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- GARCÍA, Amado, "Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM-III, 2007.
- GARGARELLA, Roberto (coord.), "Injertos y rechazos, radicalismo político y trasplantes constitucionales en América", en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GAVIRIA, Carlos, "Construcción de un orden social, económico y político para la paz", en AA.VV., *Diálogo constitucional para la paz*, Bogotá, Corte Constitucional-Legis, 2014.
- GAVIRIA, César, "El nuevo derecho", en *Quaestiones Juridicae*, Universidad Javeriana, núm. 1, jun, 1993.
- GÓNGORA MERA, Manuel y FRANCO RODRÍGUEZ, Paola, *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3ª ed., México, UNAM-III-Fontamara, 2007.
- GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2013.
- HABERMAS, Jürgen, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1996.
- _____, "Three Normative Models of Democracy", en *The Inclusion of the other. Studies in Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1998.
- _____, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989.

- HART, Herbert L. A., "Postscriptum", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.
- HESSE, Konrad, "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992.
- HIRSCHL, Ran, *The Judicialization of Politics*, ed. por Robert E. Goodin, The Oxford Handbook of Political Science, 2011.
- HORWITZ, Morton, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Nueva York, Farrar, Staus & Giroux, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM-IIIJ, 1982.
- LAMB, Charles M. y HALPERN, Stephen C. (eds.), *The Burger Court. Political and Judicial Profiles*, Urbana, University of Illinois Press, 1991.
- LANDAU, David, *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*, Doctoral Dissertation, Harvard University-Department of Government, Graduate School of Arts & Sciences.
- _____, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional, la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado, 2015.
- LEWIS, Frederick P., *The context of judicial activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.
- LOPERA MESA, Gloria, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014.
- _____, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Cuaderno de Investigación, núm. 16. Medellín, Universidad EAFIT, 2004.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998.
- MAZZARESE, Tecla (ed.), "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo, un inventario di problemi", en *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Constitución y vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR*, Bogotá, Universidad Externado-Temas de derecho público, 2006.

- ____, "Principio de proporcionalidad y políticas económicas", en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997.
- MÜLLER, Pierre, *Las políticas públicas*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- MURPHY, Walter P.; FLEMING, James y HARRIS, William F., *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, Foundation Press, 1986.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, ene-jun, 2011.
- PERELLÓ D., Isabel, "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático*, trad. y ed. por Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- POZZOLO, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra Editores, 2011.
- ____, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 21-II, 1998.
- ____, "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2ª ed., Madrid, Trotta-UNAM-III, 2011.
- ____, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001.
- ____, "Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Ejemplar dedicado a: Contributi sulla scienza giuridica in ricordo di Giovanni Tarello vol. 38, núm. 2, 2008.
- ____ y RAMOS, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- ____, "El constitucionalismo de los derechos", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- ____, "El constitucionalismo de los derechos", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2011.

- _____, "El juicio de ponderación", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, "Réplica a Juan Antonio García Amado", ambos en CARBONELL, MIGUEL (ED.), EN *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- PUTNAM, Hilary, "La objetividad y la distinción ciencia-ética", en Sen, Amartya y Nussbaum, Martha (eds.), *La calidad de vida*, México, FCE, 1993.
- PUTNAM, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004.
- QUARESMA, Regina; PAULA, Maria Lucia de y MARTINS DE OLIVEIRA, Farlei (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2009.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo", en *Revista Derecho del Estado, Nueva serie*, Universidad Externado, núm. 18, jun, 2006, Bogotá.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- _____, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979.
- ROBINSON, James, "¿Por qué fracasan las naciones?", se pregunta "¿Qué otro país de América Latina habría sacado a Uribe del poder?". Entrevista para la revista *Semana*, 8 oct 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM-IIIJ, 2015.
- _____, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006.
- _____, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (o un ornitorrinco jurídico)", en *Política y derecho, cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.
- SANDEL, Michael, *Justice. Whats the right thing to do?*, Nueva York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- SARMIENTO RAMÍREZ, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis desde el derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

SASTRE, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999.

SCHMITT, Carl, “Grundrechte und Grundpflichten”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, CEPC, 1991.

SCHWARTZ, Herman, *The Burger years*, Nueva York, Viking Press, 1987.

SIECKMANN, Jan; CLÉRICO, Laura y CAPALDO, Griselda (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en AA. VV., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

SUNSTEIN, Cass, *Radicals in Robes*, Nueva York, Basic Books, 2005.

UPRIMNY, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgos”, en SUR, *Revista internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007.

ZAVELETA, Roger E., “Por una ponderación más ponderada, el test de proporcionalidad en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano”, en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014.

Normativas

Principales sentencias de la Corte Constitucional Colombiana

Constitucionalidad	Tutela
C-272 de 1994.	T-052 de 1996.
C-038 de 1995.	T-573 de 1997.
C-174 de 1996.	T-068 de 1998.
C-230 de 1996.	T-153 de 1998.
C-690 de 1996.	T-590 de 1998.

C-185 de 1997.	T-606 de 1998.
C-233 de 1997.	
C-026 de 1998.	T-847 de 2000.
	T-1695 de 2000.
C-521 de 1999.	
	T-203 de 2002.
C-112 de 2000.	
C-802 de 2000.	T-025 de 2004.
	T-218 de 2004.
C-093 de 2001.	
C-204 de 2001.	T-493 de 2005.
C-333 de 2001.	
C-673 de 2001.	T-843 de 2009.
C-1025 de 2001.	
C-1252 de 2001.	
C-007 de 2002.	
C-010 de 2002.	
C-131 de 2002.	
C-226 de 2002.	
C-428 de 2002.	
C-1074 de 2002.	
C-945 de 2003.	
C-1003 de 2005.	
C-1264 de 2005.	
C-173 de 2006.	
C-243 de 2006.	
C-246 de 2006.	
C-369 de 2006.	
C-424 de 2006.	
C-791 de 2006.	

C-403 de 2007.	
C-378 de 2008.	
C-468 de 2008.	
C-692 de 2008.	
C-800 de 2008.	
C-1061 de 2008.	
C-1065 de 2008.	
C-1194 de 2008.	
C-071 de 2009.	
C-803 de 2009.	
C-788 de 2009.	
C-597 de 2010.	

CUADROS (ELABORACIÓN PROPIA)

Cuadro 1 Total de exhortos en el quindenio 2000-2015

2000

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-1676/2000	Ciudadano colombiano

2001

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-915/2001	Congreso de la República
T-1206/2001	Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa
T-1226/2001	Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué
T-1337/2001	Congreso de la República y Ministerio de Defensa
T-219/2001	Banco BCH y Banco Granahorrar
T-255/2001	Ministerio de Educación Nacional
T-448/2001	Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en especial seccional del Departamento del Vichada
T-532/2001	Registraduría Nacional del Estado Civil
T-597/2001	Ministerio de Salud y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

2002

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-1080/2002	Congreso de la República
C-828/2002	Congreso de la República

T-193/2002	Alcaldía Municipal de Pradera y Unión Temporal EPSA ESP Inelco del Pacífico
T-433/2002	Seguro Social Seccional Atlántico y su Gerente seccional administrativo
T-471/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
T-496/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
T-612/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
T-729/2002	Congreso de la República, Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo
T-820/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
T-989/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud

2003

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-286/2003	Ministerio de la Protección Social
T-712/2003	Superintendencia de Subsidio Familiar
T-795/2003	Gobierno Nacional
T-862/2003	Ministerio de la Protección Social
T-891/2003	Congreso de la República, Gobierno Nacional y Consejo Superior de la Judicatura

2004

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-1095/2004	Defensoría Regional del Magdalena
T-412/2004	Superintendencia de Salud
T-440/2004	Secretaría de Educación Municipal de Cali
T-586/2004	DEJA VU FLOWERS S.A.
T-656/2004	Industria de Alimentos ZENÚ S.A.
T-811/2004	Autoridades del Resguardo Indígena Quizgó
C-016/2004	Congreso de la República

2005

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-1090/2005	Congreso de la República

T-1145/2005	INPEC y Establecimiento Penitenciario y Carcelario de La Dorada Caldas
T-1180/2005	INPEC
T-1199/2005	Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
T-1223/2005	Defensoría del Pueblo Regional de la Guajira
T-385/2005	Ministerio de Relaciones Exteriores
T-404/2005	Ministerio de Protección Social
T-715/2005	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público
T-993/2005	Banco Granahorrar

2006

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-015/2006	Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
T-1040/2006	Ministerio de Protección Social
T-1080/2006	Comisión Nacional del Servicio Civil
T-228/2006	Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
T-418/2006	Alcalde de Manizales, Gobernador del Departamento de Caldas, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Ministro de Protección Social
T-441/2006	Gobierno Nacional a través del Departamento Nacional de Planeación y la Alcaldía Municipal de Manizales
T-568/2006	Ministerio de Protección Social
T-691/2006	Ministro de Hacienda y Crédito Público, Gobernador del Departamento de Córdoba y al Director de la E.S.E. Hospital San Jerónimo

2007

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-699/2007	Congreso de la República
C-720/2007	Congreso de la República
SU-813/2007	Congreso de la República
T-418/2007	Congreso de la República

T-454/2007	Gobernación del Casanare y Secretaría de Educación Departamental
T-739/2007	INPEC
T-821/2007	Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional (Acción Social) y Comisión Nacional de Reparación Y Reconciliación
T-844/2007	Representante Legal clínica Colsánitas S.A.

2008

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-230a/2008	Congreso de la República
C-691/2008	Congreso de la República
C-864/2008	Congreso de la República
T-002/2008	Comfenalco EPS
T-054/2008	Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali
T-1037/2008	Directora del DAS y Director de la Policía Nacional
T-134/2008	EPS Cruz Blanca
T-349/2008	Alcalde de Pueblo Bello Cesar
T-971/2008	Grupo Interno de Trabajo para la gestión del pasivo social de puertos de Colombia adscrito al Ministerio de Protección Social

2009

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-031/2009	Gobierno Nacional
C-145/2009	Congreso de la República
C-442/2009	Congreso de la República
C-684/2009	Congreso de la República
C-728/2009	Congreso de la República
T-022/2009	Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca
T-054/2009	CARTÓN DE COLOMBIA S.A.
T-367/2009	Ministerio del Interior y de Justicia y Ministerio de Cultura
T-435/2009	ICBF

T-909/2009	Consejo de Estado
T-926/2009	Congreso de la República
T-940/2009	Representante Legal de EPS-S Comparta
T-969/2009	Consejo Superior de la Judicatura

2010

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-241/2010	Congreso de la República
T-101/2010	Alcaldía de Medellín y Director del INPEC
T-105/2010	Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio del Interior y de Justicia, DAS e INPEC
T-157/2010	Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá
T-176/2010	ICBF Regional Bogotá
T-360/2010	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones
T-438/2010	CEMENTOS ANDINO S.A.
T-458/2010	Procurador General de la Nación
T-463/2010	Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA
T-629/2010	Autoridades Distritales, Administrativas y de Policía del Distrito Capital y Ministerio de Protección Social
T-740/2010	Director de Coldeportes
T-848/2010	Secretaría Municipal de Salud de Valledupar y Secretaría Departamental de Salud del Cesar
T-850/2010	Universidad Distrital Francisco José de Caldas
T-926/2010	Alcaldía de Manizales
T-965/2010	Ministerio de Protección Social
T-974/2010	Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Protección Social
T-998/2010	Aerovías de Integración Regional AIRES S.A.

2011

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-283/2011	Congreso de la República
C-577/2011	Congreso de la República

T-051/2011	Ministerio de Educación Nacional
T-094/2011	Ministerio de Protección Social y Comisión de Regulación en Salud
T-129/2011	Congreso de la República y Presidencia de la República
T-171/2011	Congreso de la República
T-212/2011	EPS Humana Vivir
T-314/2011	Ministerio del Interior y de Justicia
T-386/2011	Restcafé OMA S.A.
T-458/2011	Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge CVS
T-551/2011	Universidad del Magdalena
T-553/2011	Gobierno Nacional
T-684a/2011	Organismos de Control
T-693/2011	Ministerio del Interior y de Justicia y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
T-698/2011	Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y Dirección de Asuntos Étnicos del INCODER
T-770/2011	Ministerio de Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud
T-837/2011	ISS Seccional Tolima
T-843/2011	Fiscalía General de la Nación e Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses
T-844/2011	ICBF y Consejo Superior de la Judicatura
T-847/2011	Unión Temporal Prados de San Sebastián y Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA
T-919/2011	Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA y Cajas de Compensación Familiar
T-926/2011	Ejército Nacional

2012

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
C-489/2012	Gobierno Nacional y Congreso de la República
SU-458/2012	Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo y Congreso de la República
T-012/2012	Personas Naturales (2)
T-069/2012	Banco Agrario de Colombia —sucursal Armenia—

T-087/2012	Congreso de la República
T-109/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
T-207/2012	Despachos Judiciales vinculados al proceso y Banco Agrario de Colombia S.A.
T-234/2012	Fiscalía General de la Nación y Ministerio del Interior
T-244/2012	Ministerio del Trabajo y Alcaldía Municipal de Cartagena
T-248/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
T-340/2012	BRINKS DE COLOMBIA S.A.
T-348/2012	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a las autoridades ambientales de Cartagena
T-428/2012	Ministerio de Educación Nacional
T-431/2012	Instituto de Seguros Sociales
T-433/2012	Clínica Las Peñitas S.A.S., a la Fiduciaria “La Previsora S.A.” y a la Unión Temporal del Norte —región 7—
T-495/2012	Ministerio de Educación
T-506/2012	Comisiones séptima del Senado y Cámara de Representantes
T-584/2012	ECOPETROL S.A.
T-659/2012	Secretaría de Educación de Bogotá
T-680/2012	INCODER
T-856/2012	COMPARTA EPS-S
T-861/2012	Ministerio de Salud y Protección Social, Secretaría de Salud de Bogotá y CAPITAL SALUD EPS S
T-905/2012	Ministerio de Educación

2013

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-442/13	Ministerio de Transporte
T-859/13	Secretaría Distrital de Planeación
T-895/13	Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí Valle
T-673/13	Policía Metropolitana de Barranquilla
T-498/13	Representante Legal de Petrobras Colombia Limited
T-545/13	SALUDCOOP E.P.S.

T-846/13	Caprecom E.P.S. y al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Jericó
T-035/13	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario — INPEC—, a CAPRECOM EPS-S, a del Estado E.S.E. Po-payán
T-458/13	Secretaría de Educación de Santander
T-653/13	Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área de Manejo Especial La Macarena “CORMACARENA”
T-320/13	Dirección de Sanidad de la Policía Nacional
C-511/13	Nuevamente al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración normativa y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución Política.
T-601/13	Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa
T-684/13	Alcaldía de Villavicencio
T-815/13	Ministro de Justicia y del Derecho, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y al Presidente del Congreso de Colombia
T-857/13	Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación
T-892/13	a todos los jueces de la República por conducto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura
T-009/13	Procuraduría Delegada de Asuntos Indígenas
T-266/13	Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación
T-933/13	Ministerio de Educación Nacional
SU-254/13	Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo Defensor del Pueblo
T-399/13	Órganos de Control, como a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
T-743/13	Ministerio de Educación
T-595/13	Juzgado Único de Menores de Cartagena

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-050/14	FONVIVIENDA
T-476/14	Congreso de la República
T-569/14	Unidad para la Atención y Reparación de las Víctimas y la Unidad de Restitución de Tierras, así como, a la Defensoría del pueblo
T-649/14	Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)
T-800/14	Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación Ministerio del Interior
T-911/14	Concejo Municipal de El Carmen (Norte de Santander)
C-796/14	Congreso de la República
T-621/14	Gobierno Nacional
T-254/14	Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales
T-442/14	Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República
T-696/14	Escuela Colombiana de Petróleos S.A.,
T-677/14	Colpensiones
T-514/14	Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá
T-623/14	Registraduría Nacional del Estado Civil
T-551/14	Persona natural
T-672/14	ANLA, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a FENOCO S.A.
T-885/14	Fondo Nacional de Vivienda-FONVIVIENDA y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social-DPS
T-804/14	Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
C-792/14	Congreso de la República
T-379/14	Procuraduría Delegada de Asuntos Indígenas, Procuraduría General de la Nación
T-622/14	Ministerio de Salud y Protección Social
T-528/14	Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud
C-871/14	Congreso de la República y al Gobierno Nacional
T-970/14	Congreso de la República

T-462A/14	Procuraduría Delegada de Asuntos Indígenas, Procuraduría General de la Nación
T-878/14	Departamento Administrativo de Presidencia de la República
T-967/14	Congreso y Presidente de la República

2015 (hasta octubre)

<i>Sentencia</i>	<i>Persona (s) o entidad (es) exhortada (s)</i>
T-093/15	Empresas Municipales de Cartago S.A. y persona natural
T-105/15	Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA). Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social
T-126/15	Defensoría del Pueblo, regional Cauca,
T-079/15	Alcaldía Municipal de Cota
T-095/15	Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA. Procuraduría General de la Nación. Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge
T-223/15	Superintendencia de Servicios Públicos
T-208/15	Presidente de la República, Ministro de Justicia y del Derecho, y presidente del Congreso de la República. Gobierno Nacional
T-267/15	INPEC
T-074/15	Congreso de la República
T-171/15	Nueva EPS
T-195/15	Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Paz de Itagüí
T-404/15	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
T-440/15	Administradora Colombiana de Pensiones
T-465/15	Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá, a través de la Alcaldía Mayor de Bogotá
T-155/15	Ministerio del Interior
T-476/15	Ministerio de Educación Nacional
T-043/15	Ministerio de Salud y demás autoridades responsables de la implementación y desarrollo de la Ley 1641 de 2013
T-092/15	Departamento Nacional de Planeación

SU-172/15	Gobierno Nacional y la Policía
T-097/15	Salud Total E.P.S.
T-508/15	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
T-196/15	Autoridades del Cabildo Indígena Colombia
T-503/15	Defensoría del Pueblo
SU-053/15	Gobierno Nacional y la Policía

Cuadro 2 Entidades más exhortadas

Congreso de la República

<i>Sentencia</i>	<i>Entidad (es) exhortada (s)</i>
1. C-915/2001	Congreso de la República
2. T-1337/2001	Congreso de la República y Ministerio de Defensa
3. C-1080/2002	Congreso de la República
4. C-828/2002	Congreso de la República
5. T-729/2002	Congreso de la República, Procurador y Defensor del Pueblo
6. T-891/2003	Congreso de la República, Gobierno, Consejo Superior de la Judicatura
7. C-016/2004	Congreso de la República
8. T-1090/2005	Congreso de la República
9. C-699/2007	Congreso de la República
10. C-720/2007	Congreso de la República
11. SU-813/2007	Congreso de la República
12. T-418/2007	Congreso de la República
13. C-230a/2008	Congreso de la República
14. C-691/2008	Congreso de la República
15. C-864/2008	Congreso de la República
16. C-145/2009	Congreso de la República
17. C-442/2009	Congreso de la República
18. C-684/2009	Congreso de la República
19. C-728/2009	Congreso de la República
20. T-926/2009	Congreso de la República
21. C-241/2010	Congreso de la República
22. C-283/2011	Congreso de la República
23. C-577/2011	Congreso de la República
24. T-129/2011	Congreso de la República y Presidencia de la República
25. T-171/2011	Congreso de la República
26. T-1053/2012	Congreso de la República
27. C-489/2012	Congreso de la República y Gobierno Nacional

28. SU-458/2012	Congreso de la República, Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo
29. T-087/2012	Congreso de la República
30. C-511/13	Congreso de la República
31. T-476/14	Congreso de la República
32. C-796/14	Congreso de la República
33. C-792/14	Congreso de la República
34. C-871/14	Congreso de la República y al Gobierno Nacional
35. T-970/14	Congreso de la República
36. T-967/14	Congreso y presidente de la República
37. T-074/15	Congreso de la República
38. T-208/15	Congreso de la República. Presidente de la República, Ministro de Justicia y del Derecho, y Gobierno Nacional

Ministerio de Salud

<i>Sentencia</i>	<i>Entidad (es) exhortada (s)</i>
1. T-597/2001	Ministerio de Salud y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
2. T-471/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
3. T-496/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
4. T-612/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
5. T-820/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
6. T-989/2002	Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud
7. T-109/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
8. T-248/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
9. T-861/2012	Ministerio de Salud y Protección Social, Secretaría de Salud de Bogotá y CAPITAL SALUD EPS S
10. T-622/14	Ministerio de Salud y Protección Social
11. T-528/14	Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud

12. T-105/15	Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA). Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social
1 3 T-043/15	Ministerio de Salud y demás autoridades responsables de la implementación y desarrollo de la Ley 1641 de 2013

Ministerio de Protección Social

<i>Sentencia</i>	<i>Entidad (es) exhortada (s)</i>
1. T-286/2003	Ministerio de la Protección Social
2. T-862/2003	Ministerio de la Protección Social
3. T-404/2005	Ministerio de Protección Social
4. T-1040/2006	Ministerio de Protección Social
5. T-418/2006	Alcalde de Manizales, Gobernador del Departamento de Caldas, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Ministro de Protección Social
6. T-568/2006	Ministerio de Protección Social
7. T-971/2008	Grupo Interno de Trabajo para la gestión del pasivo social de puertos de Colombia adscrito al Ministerio de Protección Social
8. T-629/2010	Autoridades Distritales, Administrativas y de Policía del Distrito Capital y Ministerio de Protección Social
9. T-965/2010	Ministerio de Protección Social
10. T-974/2010	Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Protección Social
11. T-094/2011	Ministerio de Protección Social y Comisión de Regulación en Salud
12. T-770/2011	Ministerio de Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud
13. T-109/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
14. T-248/2012	Ministerio de Salud y Protección Social
15. T-861/2012	Ministerio de Salud y Protección Social, Secretaría de Salud de Bogotá y CAPITAL SALUD EPS S
16. T-622/14	Ministerio de Salud y Protección Social

17. T-528/14	Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud
18. T-105/15	Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA). Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social

Ministerio de Educación Nacional

<i>Sentencia</i>	<i>Entidad (es) exhortada (s)</i>
1. T-255/2001	Ministerio de Educación
2. T-974/2010	Ministerio de Educación y Ministerio de Protección Social
3. T-051/2011	Ministerio de Educación
4. T-428/2012	Ministerio de Educación
5. T-495/2012	Ministerio de Educación
6. T-905/2012	Ministerio de Educación
7. T-933/2013	Ministerio de Educación
8. T-743/2013	Ministerio de Educación
9. T-476/2015	Ministerio de Educación

ÍNDICE

Abreviaturas, siglas y acrónimos	8
Agradecimientos	9
Introducción	11
1. Elementos de la transformación del constitucionalismo latinoamericano	11
2. Colombia como receptor emblemático de doctrinas jurídicas trasnacionales	20
3. El marco para comprender el activismo: la teoría de Robert Alexy	24
4. Plan de trabajo	31
I. El boom neoconstitucional latinoamericano	33
1. Hacia una conceptualización y caracterización	37
2. Versiones del neoconstitucionalismo	47
2.1. <i>El neoconstitucionalismo como teoría jurídica</i>	47
2.2. <i>La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo</i>	51
2.3. <i>El neoconstitucionalismo como ideología</i>	54
2.4. <i>El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política</i>	55
3. Respuesta al surgimiento de la democracia constitucional	56
II. La dogmática de los márgenes de acción en la teoría de Alexy	61
1. Un punto de partida contextual	61
2. Distinciones fundamentales	64
2.1. <i>Regla y principio</i>	64
2.2. <i>Disposición y norma</i>	65
2.3. <i>Norma y posición</i>	65
2.4. <i>Enunciado normativo y norma</i>	66
2.5. <i>Norma adscrita y norma directamente estatuida</i>	72
3. Nuevos desarrollos de la teoría de Alexy	78

3.1. Doble naturaleza del derecho	78
3.2. Representación argumentativa	80
3.3. Existencia de los derechos humanos	82
4. Contención a la hiperconstitucionalización mediante la construcción de una dogmática de los márgenes de acción	83
III. Activismo judicial y construcción de márgenes de acción al legislador colombiano	93
1. El activismo judicial en una democracia constitucional	94
2. Los casos	104
2.1. Delitos de injuria y calumnia en medios de comunicación	104
2.2. Constitucionalidad de la imposición de tributos	106
2.3. Margen de acción en materia económica discutible	111
2.4. Margen de acción para definir la política salarial	118
2.5. Margen para la regulación del estado civil	118
2.6. Fijación de fines, pero margen para la elección de medios en política pública	122
3. Más allá del margen de acción. Cuando la jurisprudencia se excede ...	128
4. Los exhortos como materialización del margen para la elección de medios	130
4.1. Grado de control constitucional, según el tipo de omisión legislativa	134
4.2. Tipos de exhortos y sus destinatarios	138
IV. Conclusiones generales	151
Bibliografía	161
Cuadros (elaboración propia)	173

*Activismo judicial y dogmática de márgenes
de acción: el paradigmático
caso colombiano*

de Leonardo García Jaramillo
se terminó de imprimir en el mes
de junio de 2016, en los Talleres Gráficos
del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro,
dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la
dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.

ACTIVISMO JUDICIAL Y DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN: UNA DISCUSIÓN EN CLAVE NEOCONSTITUCIONAL

La constitucionalización del derecho, que con diferencias contextuales se ha desarrollado en la región, constituye una de las particularidades más representativas del neoconstitucionalismo latinoamericano. Su implementación gradual se debe al activismo judicial progresista, que ha traído consigo fenómenos como la judicialización de la política y el desarrollo de la normativa material de la Constitución.

Una de sus consecuencias denunciadas es la sobreconstitucionalización del derecho, que debe evitarse tanto como su infraconstitucionalización. Para evitarlo hay que construir una dogmática de los márgenes de acción a partir de la discrecionalidad judicial establecida por lo constitucionalmente imposible y lo constitucionalmente necesario.

Una adecuada comprensión de la justicia constitucional alivia la tensión entre Constitución y democracia, y erradica la crítica a las decisiones de los tribunales constitucionales como "antidemocráticas", porque contrarían actos del legislativo. Los límites y vínculos a los que están sometidos los poderes también son democráticos porque son los derechos fundamentales de todos y, por tanto, hacen referencia al pueblo. No hay un conflicto de legitimidad porque los derechos operan como una y la misma fuente de legitimidad para la Constitución y la democracia.

Este trabajo analiza la jurisprudencia constitucional colombiana que es con seguridad relevante respecto al difícil contexto, donde ha surgido un activismo correlativo con la creación de márgenes de acción. El análisis está en capacidad de rendir efectos hacia otros contextos donde la constitucionalización del derecho evidencia tensiones entre los tribunales constitucionales y el legislativo.

ISBN 978-607-7822-26-4

