

**PERSPECTIVA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO SOBRE EL
CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

JESÚS EMIL LARRAHONDO MINA

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE OCCIDENTE
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO
SANTIAGO DE CALI
2013**

**PERSPECTIVA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO SOBRE EL
CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

JESÚS EMIL LARRAHONDO MINA

**Tesis de grado para optar al título de
Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo**

**Director
FERNANDO H. LLANO ALONSO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE OCCIDENTE
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO
SANTIAGO DE CALI
2013**

Nota de aceptación:

Aprobado por el Comité de Grado en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Universidad Autónoma de Occidente para optar al título de Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo.

FRACISCO ARCOS

Jurado

DELFINA GRUESO

Jurado

Santiago de Cali. 22 de Noviembre de2013

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
1. REFLEXIONES TEÓRICO-PRÁCTICAS SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN COLOMBIA	10
1.1.EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS CONTEMPORÁNEOS	10
1.2. ESTRUCTURA DEL ESTADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	15
1.3. ESTADO CONSTITUCIONAL, JUECES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO COLOMBIANO	23
1.4.APRECIACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL	33
1.5.TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA	33
1.5.1. El Estado de derecho legislativo y la ausencia del control constitucional.	35
1.5.2. El Estado social de derecho y las pretensiones del Control Constitucional	39
1.5.3. Estado constitucional y democrático de derecho y la consolidación del Control Constitucional	48
2.TEORÍA DEL DERECHO Y CONTROL CONSTITUCIONAL	63
2.1. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONTROL CONSTITUCIONAL	63
2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONTROL CONSTITUCIONAL	70
2.3. TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y CONTROL CONSTITUCIONAL	76
3. CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFIA	84

RESUMEN

Esta investigación parte desde una mirada de entender cómo la filosofía del derecho ha tenido en el transcurrir de las épocas a partir de los estados contemporáneos hasta llegar a la consolidación de los estados constitucionales y democráticos de derecho, una gran incidencia en dicha consolidación, tomando como precedente el papel que juegan los jueces constitucionales como garantes y protectores de los derechos fundamentales y los derechos sociales, es así como en las últimas décadas han sido notables sus aportes al derecho constitucional y a la configuración de la estructura estatal de los Estados contemporáneos.

Así mismo, se hace referencia a la importancia que juega el control constitucional en las decisiones, tanto del legislativo como del ejecutivo, precisando siempre que a pesar de que, quienes fungen como organismo de control constitucional no son elegidos por voto popular se convierte en protector y garante de la constitución, que con su ejercicio impiden el abuso del poder de quienes han sido elegidos por votación popular al colocarles límites en su ejercicio público.

La metodología que se utilizó para realizar la presente investigación se enmarcó en los métodos que caracterizan las ciencias sociales en general y la ciencia jurídica en particular; por parte de las ciencias sociales se retomó el método histórico, debido a que se hace un análisis de los distintos modelos de Estado, su transformación histórica y su relación con el control constitucional citando aquellos tratadistas defensores de los diferentes estados que se mencionaron en la investigación.

Palabras Claves: filosofía, constitucionalismo, estados, estado social de derecho, estados legislativos, estados constitucionales, constitucionalismo, control constitucional, jueces constitucionales, neoconstitucionalismo, estados constitucionales de derecho y democráticos

INTRODUCCIÓN

La filosofía del Derecho como especialidad de la ciencia jurídica ha incursionado paulatinamente en las diferentes áreas del derecho, es así como en las últimas décadas han sido notables sus aportes al derecho constitucional y a la configuración de la estructura estatal de los Estados contemporáneos. Entre los aportes al derecho constitucional se encuentra la figura del control constitucional que desde una perspectiva iusfilosófica corresponde a los jueces constitucionales implementarla, para evitar interpretaciones equivocadas, manipulables e instrumentales de la Constitución por parte de los que se consideran los poderes políticos como son el poder ejecutivo y el legislativo. Son múltiples las deliberaciones que se han presentado desde la filosofía y la teoría del derecho sobre el control constitucional y que en parte serán abordados en la correspondiente investigación.

En lo respectivo a la estructura estatal, la filosofía del derecho analizado y reflexionado sobre el Estado de derecho y los modelos que están configurándose como el Estado social de derecho o el reciente Estado constitucional y democrático de derecho que vinculan desde la perspectiva jurídica la realización plena del control constitucional, como se puede observar la interacción complementaria entre derecho constitucional y estructura estatal, desde la filosofía del derecho logra consolidar una posibilidad democrática de los Estados contemporáneos que beneficiará de una u otra forma a los ciudadanos.

El objetivo del presente trabajo investigativo se concibió como: Analizar desde la perspectiva de la filosofía del derecho sobre el control constitucional en el contexto colombiano; la culminación de esta pretensión partió desde la filosofía del derecho en sus incursiones más reconocidas en la ciencia jurídica como el derecho constitucional en lo respectivo del control constitucional, la estructura y el modelo estatal que caracteriza la teoría del Estado, y por último en lo concerniente a la teoría del derecho que se relaciona íntimamente con la filosofía del derecho.

La metodología que se utilizó para desarrollar la presente investigación se enmarcó en los métodos que caracterizan las ciencias sociales en general y la ciencia jurídica en particular, por parte de las ciencias sociales se retomó el método histórico debido a que se hace un análisis de los distintos modelos de Estado, su transformación histórica y su relación con el control constitucional; también al exponerse la teoría del derecho se realiza una mirada histórica partiendo de las primeras concepciones positivistas jurídicas de los siglos XVIII

y XIX hasta las recientes del positivismo jurídico suave, de *Hebert Hart*, y las actuales como el neoconstitucionalismo.

En lo referente al método de la ciencia jurídica se recogen las distintas propuestas que se han desarrollado históricamente a partir de la interpretación, desde la exégesis hasta la argumentación jurídica: “ Si tuviéramos que señalar algún rasgo común de todos los métodos de interpretación que hemos señalado, diríamos que ese rasgo debe verse en la pretensión, por todos ellos perseguida, de construir el método por excelencia, la receta infalible apta para extraer de la ley la única decisión correcta a través de un proceso estrictamente intelectual en que el intérprete sólo pondría a contribución su entendimiento, aunque no su voluntad. Pero ocurre, que en los hechos, ninguno de los métodos tradicionales ha demostrado ser capaz de desplazar totalmente a los otros, lo que se pone de manifiesto cuando se repara en que se han ido acumulando más que reemplazando, de lo que es buena prueba el caso, relativamente frecuente, de los jueces y doctrinarios que para resolver sus conclusiones, invocan la concordancia de los resultados obtenidos por los más diversos procedimientos metódicos”.¹

Lo concerniente a lo teórico partió del postulado que propone el profesor austriaco de filosofía del derecho y derecho constitucional Hans Kelsen, sobre la importancia de la interpretación constitucional que realizan los jueces constitucional y el control que debe ejercerse sobre los poderes políticos que se encuentran en la estructura interna del Estado: “... , su posición le permite producir mediante la publicación una norma obligatoria que, si bien debió haber sido votada como ley constitucional, lo fue únicamente como ley ordinaria, por haber faltado, por ejemplo, la mayoría, requerida. Por eso se comprende que en las constituciones democráticas- republicanas, o bien existe de modo limitado, el derecho judicial de examinar la constitucionalidad de la ley, o bien se atribuye a un tribunal especial o jurisdicción constitucional la misión de suspender las leyes anticonstitucionales. En el último caso, éstas no son nulas de antemano, pero pueden ser anuladas”.²

Precisamente, los postulados de Kelsen de realizar el control constitucional fueron recogidos por posteriores teóricos del derecho que estarían en marcados dentro de un innovador positivismo jurídico como el de *Hebert Hart* y la reciente teoría del derecho, llamada neoconstitucionalismo, del que hace parte *Ronald Dworkin* y que considera la importancia del juez constitucional en el control sobre los poderes caracterizados como políticos: “En Canadá y en los Estados Unidos -y, en forma creciente, a lo ancho del mundo democrático-, leyes promulgadas por legisladores electos por mayoría de votantes son declaradas inconstitucionales por los jueces, aun cuando las estipulaciones

¹ AFTALIÓN, Enrique. VILLANOVA, José y RAFFO, Julio. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Lexis Nexis; 2004, p. 763

² KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México: Ediciones Coyoacán; 2008, p. 333

constitucionales que tales leyes violarían no son específicas y detalladas, o autoaplicables, sino que están expresadas en lenguajes abstractos, y sobre cuyo sentido real difieren radicalmente personas razonablemente entrenadas”.³ El mayor avance del control constitucional está plasmado en el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho que ha sido sustentado desde las innovadoras teorías del derecho constitucional. Entre las teorías más destacadas se encuentra el neoconstitucionalismo que posibilita y motiva el control constitucional por parte de los jueces constitucionales en el contexto del Estado constitucional y la creación del derecho: “El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, aspira a descubrir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto de los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de aplicación de las normas constitucionales respecto de la interpretación y de la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto de la teoría iuspositivista tradicional.”⁴

La presente investigación realiza un recorrido desde las diferentes perspectivas de la teoría del derecho que están relacionadas con el control constitucional, sin embargo no se desconoce la intención central de tener una relación más íntima con la corriente neoconstitucionalista que posibilita la implementación del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho que pretende garantizar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; esta cercanía con la postura neoconstitucional aparece claramente sustentada en el transcurrir de la investigación.

Esta investigación de maestría en filosofía del derecho contemporánea se encuentra dividida en tres capítulos: El primer capítulo, titulado: “Reflexiones teóricas-prácticas sobre el control constitucional y su impacto en Colombia”; parte del análisis del control constitucional que realizan los jueces constitucionales en los Estados contemporáneos, es así como se referencia el primer tribunal constitucional de Occidente que sería el tribunal perteneciente a la Alemania occidental. En este mismo capítulo se reflexiona sobre el control constitucional concentrado y difuso, y por supuesto; sobre los límites a las estructuras políticas del Estado como el parlamento y el ejecutivo; en una segunda parte del capítulo se comienza a analizar el control constitucional en el

³ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010 p.113

⁴ COMANDUCCI, Pablo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010, p. 176

contexto colombiano, mostrando como los jueces constitucionales han limitado paulatinamente las decisiones del parlamento en un primer momento y las del ejecutivo de forma más moderada, porque en este último el control constitucional es posterior; la última parte del capítulo hace referencia al Estado constitucional y democrático de derecho y el control constitucional que realizan los jueces constitucionales en un modelo estatal que promueve este tipo de control, con la pretensión de garantizar y proteger los derechos fundamentales que son afectados por las instituciones públicas y los intereses privados.

El segundo capítulo, titulado: “Apreciación desde la filosofía del derecho sobre el control constitucional”; inicia con las deliberaciones de la filosofía del derecho contemporánea sobre las transformaciones de los modelos estatales y el control constitucional en cada uno de estos modelos, es así como se reseña el modelo de Estado legislativo donde el control constitucional es prácticamente inexistente, pasando por el Estado social de derecho donde el control constitucional cumple una función específica que es la de garantizar los derechos sociales fundamentales hasta el modelo que más los impulsa y consolida como el Estado constitucional y democrático de derecho, donde se garantiza y protegen todos los derechos fundamentales, incluso los que no estén referenciados en la Constitución, siendo referenciados por el bloque de constitucionalidad que está en estrecha relación con los tratados y convenios internacionales suscritos por la mayoría de los Estados.

Por último, en el tercer capítulo titulado: “Teoría del derecho y control constitucional”; los análisis iusfilosóficos son constantes, se parte desde la teoría que fue predominante en el derecho moderno, el positivismo jurídico, desde la concepción tradicional que privilegia al legislador y niega cualquier posibilidad de control constitucional por parte de los jueces debido a que estos por el contrario deben obedecer estrictamente la ley, también se referencian las concepciones progresistas e innovadoras del positivismo jurídico como la de *Kelsen*, donde los jueces constitucionales son esenciales para interpretar la Constitución o la de *Hart* los jueces no se limitan al control constitucional de las estructuras políticas del Estado, sino que por el contrario son los responsables de crear derecho. Posteriormente, en este tercer capítulo se realiza el análisis sobre la teoría del derecho constitucional conocida como neoconstitucionalismo, que considera el control constitucional como necesario para configurar el Estado constitucional y democrático de derecho, debido a que los derechos fundamentales deben garantizarse y protegerse por parte de las instituciones estatales respecto a los ciudadanos; por último, se referencia la teoría crítica del derecho que estaría en contra del control constitucional que realizan los jueces constitucionales para impulsar otras posibilidades presentes en las organizaciones y movimientos sociales, lo que ciertos autores han denominado constitucionalismo popular y desde otras perspectivas críticas también se conoce como constitucionalismo transformador.

1. REFLEXIONES TEÓRICO-PRÁCTICAS SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN COLOMBIA

1.2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS CONTEMPORÁNEOS

Las transformaciones estatales al final del siglo XX han sido complejas e intensas, es así como surgen innovadoras constituciones en la Europa de la posguerra y en los años noventa en el contexto latinoamericano, estas constituciones configurarían los modelos de Estado Social de Derecho, constitucional y democrático de derecho y neoliberal de derecho, coincidiendo estos modelos que se pueden considerar complementarios para el caso del Estado social y el constitucional, opuestos para el caso del Estado social y el neoliberal, en que los jueces constitucionales y otras instituciones estatales cumplen con la función constitucional de controlar las decisiones y actuaciones de los funcionarios públicos que tienen la responsabilidad de cumplir con las orientaciones que se desprenden del mismo documento constitucional, frente a las decisiones del Ejecutivo y al manejo de los recursos públicos que han sido asignados, tanto a las entidades o instituciones de derecho público, como a aquellos particulares que manejan fondos o bienes del Estado. Estas deliberaciones y actuaciones incorporan tanto al derecho constitucional como a su soporte, la filosofía del derecho.

El Derecho del Estado Constitucional constituye la referencia o, por lo menos, una de las principales referencias para el trabajo de muchos filósofos del Derecho en la actualidad. Es claro que el Derecho de los sistemas constitucionales y democráticos contemporáneos no es el único modelo posible, ni desde una perspectiva diacrónica ni tampoco sincrónica, pero gran parte de las cuestiones que centran el debate iusfilosófico de nuestra época se encuentran vinculadas a dimensiones de la vertiente jurídica del Estado constitucional. Creo que se puede reconocer también que un importante número de las discusiones y debates que han centrado y centran nuestra atención en la actualidad, podrían considerarse incluidos en lo que podríamos entender como Filosofía del Derecho constitucional. Creo que los ejemplos de *Dworkin*, *Alexy*, *Nino*, *Ferrajoli* o *Peces-Barba*, valen al respecto.⁵

En los Estados contemporáneos los jueces constitucionales han sido protagonistas, en primer lugar de proteger los principios plasmados en la

⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Constitucionalismo y derechos fundamentales: Presente y futuro. En: "Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI. Memorias del primer congreso de derecho constitucional". Cali: Universidad Autónoma de Occidente e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; 2007, pp. 95-96

Constitución ante las distintas instituciones públicas que son las responsables de cumplirlos para beneficio de los ciudadanos, y en segundo lugar de controlar las decisiones legales que realizan privilegiadamente el Parlamento y más débilmente el Ejecutivo, a esto se le reconoce en el constitucionalismo contemporáneo o neo-constitucionalismo como control constitucional, particularmente sobre el Parlamento:

Desde luego, los tribunales crean derechos todo el tiempo y, al hacerlo, puede suponerse que se busca en las fuentes habituales de la interpretación libre “los principios fundamentales” de la sociedad, o algo así, pero por fuera del campo de la adjudicación constitucional, o bien llenan los vacíos que ha dejado el legislativo en las leyes que ha sancionado o, quizás, asumen un ámbito propio cuyo desarrollo ha dejado la legislatura a cargo de la rama judicial...De allí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema principal del control constitucional: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean. Esto puede ser no deseable, dependiendo de los principios a los que se recurra para justificarlo.⁶

Entre los primeros Tribunales o Cortes Constitucionales europeas que plantearían el control constitucional sobre las decisiones del parlamento se encuentra el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, demostrándose paradójicamente que las mayorías políticas del parlamento se equivocan en sus respectivas decisiones legislativas y que una forma de regular esas equivocaciones que terminan afectando negativamente a una parte o incluso a la mayoría de la ciudadanía, es con la interpretación que realiza de la Constitución el mismo Tribunal :

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un legislador constitucional “puede ordenar todo lo que quiera” significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia en la praxis jurídica. “Justamente, la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto”. Por ello el Tribunal Federal Constitucional ha afirmado que hay que negar a las disposiciones “jurídicas nacionalistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no derecho en vez de derecho.⁷

⁶ HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Bogotá: Siglo del Hombre; 1997, p. 23

⁷ ALEXY, Robert. El Concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa; 1994, pp. 15-16.

El soporte en teoría del derecho del control constitucional que realizan los jueces constitucionales sobre el parlamento se encuentra precisamente en que el intérprete legítimo de la Constitución es el juez, ampliando el concepto de derecho a principios y derechos constitucionales que son superiores a la misma ley o que incluso para existir necesitan de estar en coincidencia con estos preceptos constitucionales. Esta apreciación lleva a que se configure el modelo de Estado de derecho social o constitucional que sería más complejo que el modelo de Estado de derecho legislativo o Estado de derecho liberal:

La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la "ley y el derecho". Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la consecuencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal, puede circunstancialmente, existir un plus, en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita: encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.⁸

Este control del juez constitucional sobre el legislador no solamente cuestiona la producción y creación de la ley, que como se ha expuesto beneficia a las mayorías políticas y en sucesivas situaciones ha afectado los intereses generales de una determinada sociedad, sino que también lleva a la deliberación sobre el concepto de democracia que para autores como Ferrajoli no se puede reducir a la democracia formal de las mayorías políticas sino que debe incluir la democracia sustancial que se soporta en los derechos y principios constitucionales:

En efecto, la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el poder del supremo legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no solo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales y además, en otros términos, el

⁸ Ibidem; pp.17-18

legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con la Constitución.⁹

Efectivamente en los modelos de control concentrado de constitucionalidad también se tiende a dotar al órgano que ejerce esta función de una cierta legitimidad democrática, pero no parece que sea éste el argumento determinante para justificar que las decisiones del Tribunal Constitucional se impongan a las del Legislativo.

Precisamente, los derechos fundamentales logran posibilitar la regulación que ejercen los jueces constitucionales y los órganos de control sobre las instituciones responsables de garantizarlos y protegerlos, consolidando la democracia sustancial, sin los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos la democracia estaría en situación de riesgo, el cumplimiento de estos derechos mantiene el Estado de derecho social y constitucional, y al mismo tiempo protegen la convivencia de los ciudadanos y su real ejercicio democrático. Por eso mismo, los derechos de libertad y los políticos no podrían realizarse sin el cumplimiento de los derechos sociales por parte de las instituciones estatales:

La omnipotencia de la mayoría no sólo amenaza la democracia política y la propia soberanía popular (incluso la de las generaciones futuras, como diré más adelante) si no que una y otra se realizan y alimentan solo a través del ejercicio constante de los derechos de libertad. Por otro lado, los derechos de libertad son efectivos siempre si se sustentan en la garantía de derechos sociales a prestaciones positivas: en el derecho a la subsistencia y la salud y, aún más, obviamente, en el derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad están destinados a permanecer en el papel. No existe participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales, es decir, de derechos a la supervivencia, ni existe formación de voluntad consciente, sin educación e información.¹⁰

Los derechos fundamentales se convierten en los límites al poder del Estado y en la regulación de lo democrático desde la perspectiva sustancial sobre las instituciones públicas responsables de las garantías de estos derechos fundamentales, que posibilitan una ciudadanía autónoma que tiene como pretensión plausible la justicia y la igualdad entre sus individuos y colectivos con la idea de lograr una relación recíproca y estable entre el Estado y sus ciudadanos y que además estos derechos fundamentales deben ser

⁹ FERRAJOLI, Luigi. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid. Fontamara, 2008, p. 77

¹⁰ *Ibidem*; pp. 80-81.

garantizados y protegidos por los jueces constitucionales, Precisamente, los derechos fundamentales logran posibilitar la regulación que ejercen los jueces constitucionales y los órganos de control sobre las instituciones responsables de garantizarlos y protegerlos, consolidando la democracia sustancia.

El Poder integra los valores que están tras los derechos fundamentales y produce derechos fundamentales. Eso es señal del compromiso del Poder con los derechos fundamentales, ya que a partir de ese momento, el Poder se va a ver limitado por la presencia de los derechos en el Ordenamiento. Evidentemente, se está pensando en una presencia que implique mecanismos de protección y garantías: estos son los elementos que imponen verdaderas limitaciones al Poder y los que contribuyen de manera importante a caracterizar los derechos fundamentales respecto a otros derechos, dotando a su estatus normativo de una mayor resistencia. De lo anterior se puede concluir que cualquier Poder no se va a prestar a positivizar (seriamente, esto es acompañando un aparato de garantías y mecanismos de protección) los valores y las exigencia de los derechos, por la dosis de compromiso y limitación que ello implica. Sólo un Poder democrático-esto es, un Poder político participativo y con voluntad de autolimitarse-puede hacerlo. Se podría por lo tanto afirmar la vinculación conceptual entre derechos fundamentales y democracia.¹¹

El control constitucional no solamente se limita a la organización judicial sobre el parlamento, también incluye el control que realizan las altas Cortes sobre el Ejecutivo, con el fin de evitar vulneraciones de los derechos y derechos fundamentales y principios constitucionales por parte de una de las instituciones intimas del Estado de derecho como lo es en este caso el Ejecutivo:

El enunciado “control constitucional sobre el Poder Ejecutivo” parte de la idea de que la Constitución controla el ejercicio del poder de la rama ejecutiva de gobierno. En ocasiones, dicho control opera en una relación directa Constitución-Ejecutivo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando ciertas disposiciones constitucionales limitan al Poder Ejecutivo en alguna actividad, lo habilitan para realizar alguna otra bajo ciertos requisitos. En tanto que el Ejecutivo respete los postulados constitucionales, el poder se ejercerá controladamente. En cambio, cuando el Ejecutivo manifiesta su desacuerdo con dichos postulados ya sea en forma de negación de los límites impuestos normativamente, ya sea en forma de ejercicio de sus competencias constitucionales, entonces es altamente probable que se esté a las puertas de un conflicto constitucional. En cualquier circunstancia, dicho conflicto será

¹¹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Poder, ordenamiento jurídico, derechos. Madrid: Dykison; 2000, p. 49

decididamente un caso de descontrol del poder. Una vez instalado el conflicto constitucional, en la práctica es probable que los órganos constitucionales de contralor se dediquen a enmendar judicialmente el error o a sancionar políticamente el acto viciado, toda vez que el órgano en cuestión goce de autonomía judicial o política. En cambio, la función de la teoría constitucional será analizar los hechos críticamente. De ahí que la teoría tiene solo efectos limitados en relación con la práctica constitucional y la necesidad de dirimir sus conflictos urgentes.¹²

1.2. ESTRUCTURA DEL ESTADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Para el contexto colombiano el control de constitucionalidad sobre los decretos-ley que produce el ejecutivo, en lo concerniente a los estados de excepción o las emergencias económicas son un claro ejemplo de la incidencia de la Corte Constitucional en las decisiones del ejecutivo, estas determinaciones de los magistrados constitucionales se encuentran soportadas en la misma Constitución que permite estas acciones por parte de estos jueces constitucionales:

Es menester decir que la doctrina del control material o la verificación al fondo de los decretos declarativos de estados de excepción es aplicada a los decretos que levantan la conmoción interior o la emergencia económica y, además todos estos decretos tienen carácter de legislativos y por tanto son susceptibles del control de constitucionalidad. La Corte ha sostenido una posición muy estricta en tanto que siempre que cualquier intención de declarar estados de excepción debe ser debidamente motivada por el Gobierno...Desde el inicio de la Corte Constitucional de 1991, hasta diciembre de 1996, se profirieron 78 sentencias de constitucionalidad sobre decretos legislativos. De estas 24 sentencias, 11 fueron inconstitucionales, por serlo así, el decreto que declaraba la conmoción interior, lo que equivale a un 14.1% del total de sentencias de revisión constitucional, otras ocho fueron parcialmente inexecutable (10.25%) y finalmente cinco de ellas (6.41%) resultaron inconstitucionales por razones diferentes a la inexecutable del decreto fuente. Si se suman las sentencias executable parcialmente con aquellas declaradas inconstitucionales por motivos diversos, se obtiene un total de trece fallos (16.66%), en los cuales se hizo efectivo el control de la legislación de excepción. Es importante tener en cuenta que tres de estos fallos

¹² SILVERO SALGUEIRO, Jorge. Controles constitucionales sobre el poder ejecutivo. [en línea][consultado septiembre de 2013]Disponible en Internet:http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Jorge_Silvero.pdf

fueron declarados inconstitucionales totalmente por falta de conexidad.¹³

Estos procedimientos de control constitucional sobre el ejecutivo demuestran la importancia alcanzada en el contexto colombiano en los controles jurídicos sobre el aspecto político del Estado, donde los intereses colectivos y generales son superiores a los intereses particulares de los partidos políticos en un primer momento y que se encuentran en las distintas esferas de decisión del Estado, y en un segundo momento los intereses privados del mercado y del comercio. Por eso, la Corte Constitucional colombiana ha sido considerada una de las instituciones con menor afectación de esos intereses particulares:

Hoy en día, se puede decir que la creación de la Corte Constitucional, junto con los demás mecanismos de protección constitucional del ciudadano, es la más exitosa innovación de la Carta de 1991. De todos los órganos de control que proliferen bajo la Ley fundamental, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, se presentó como la menos infectada de ambición política en el estricto sentido de servir a intereses particulares. Es inmune a la vocación de pasar cuentas políticas de cobro. Desde una perspectiva comparada, la Corte Constitucional colombiana cuenta con poderes de intervención bastante amplios. Es particular, sus competencias relacionadas con la acción de tutela y con las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos contra leyes o contra decretos con fuerza de ley, constituyen un formidable arsenal de intervención. No obstante, son bastante limitados sus poderes para vigilar sobre actos sin carácter normativo que afecten el balance entre los órganos constitucionales. En el ejercicio de sus poderes, la Corte ciertamente no pecó por prudencia excesiva o por tímido control de las ramas legislativa y ejecutiva. Al contrario: su jurisprudencia marca una tendencia activista, en el sentido de destilar principios y valores constitucionales del texto constitucional y de estirar los parámetros tradicionales de interpretación con cierta creatividad.¹⁴

La Corte Constitucional fue convirtiéndose paulatinamente en la organización judicial más importante en el país, no solamente por la orientación constitucional de interpretar, proteger y reproducir los postulados constitucionales sino por el control que realizaría sobre las acciones legales del ejecutivo y que han sido en parte ya señaladas, este control constitucional sobre el ejecutivo impulsaría de forma legítima los controles que deben

¹³ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control constitucional de los Estados de excepción. En: Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia. Resultados y avances en investigación. Medellín: Universidad de Medellín; 2006, pp. 186-187

¹⁴ HERDEGEN, Mathias. La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho. En: justicia constitucional, El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo. Bogotá: LEGIS; 2006, p. 68

realizarse por parte de los jueces constitucionales sobre las decisiones de las mayorías políticas, demostrando cómo una Corte o Tribunal Constitucional logra limitar las determinaciones del ejecutivo, por supuesto, cuando sus decisiones y acciones afecten los derechos y principios constitucionales así como los intereses colectivos de la ciudadanía. Es por eso que la Corte Constitucional colombiana se ha convertido en el regulador de las instituciones de carácter político que de forma repetitiva prefieren sus intereses particulares a la protección y consolidación de los intereses constitucionales y colectivos, es por esta razón que los tribunales o Cortes constitucionales adquieren un mayor protagonismo, que se traduce en la jurisprudencia resultado de los controles constitucionales que son realizados a las instituciones políticas con un claro protagonismo y representación en el Estado central como el ejecutivo:

Los tribunales constitucionales son entonces quienes están expuestos a más presiones y críticas por parte de los órganos políticos del Estado, pues son ellos quienes deben de decidir, en situaciones a menudo conflictivas, cuál es el camino correcto que señala la Constitución, en medio de diversas opciones irreconciliables. El caso de la Corte Constitucional y la declaración de los estados de excepción es un ejemplo de ello. Ante el reto constitucional de romper con el uso excesivo de la emergencia en Colombia y con el fin de preservar la supremacía de la Constitución en este aspecto, la Corte tomó la decisión que consideraba correcta (revisar de fondo el decreto declarativo de la emergencia); al hacerlo, consideró que estaba garantizando que la nueva narrativa constitucional se desarrollase en el tiempo de manera ininterrumpida. La Corte Constitucional con la doctrina del control material redefinió la relación entre lo político y lo jurídico, la norma y la excepción. Al hacer esto, limitó la discrecionalidad absoluta del Ejecutivo la cual, según la Corte, no siempre respondía a las exigencias, los principios y los valores constitucionales.”¹⁵

Este control constitucional, que se realiza constantemente sobre el ejecutivo y el parlamento en el contexto colombiano tiene una mayor justificación debido a que estas instituciones han sido limitadas en su función de proveer los procedimientos, infraestructura y recursos para que los derechos fundamentales sean garantizados, para que las minorías políticas puedan expresar sin restricciones sus opiniones y para impulsar la convivencia entre los colombianos respetando la diversidad. Es aquí donde la Corte Constitucional cumple su papel de proteger los derechos y principios constitucionales, soportando sus intervenciones en las decisiones legales del ejecutivo y del legislativo:

¹⁵ ITURRALDE, Manuel. Estado de derechos vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia. En: Hacia un nuevo de derecho constitucional. Bogotá: Universidad de los Andes; 2005, p 121.

En un país como Colombia, en donde la estructura tradicional del Estado de derecho no ha podido satisfacer índices aceptables las demandas de seguridad ciudadana, de protección a la vida y las libertades y la provisión del mínimo vital, señala, está justificado el activismo de la Corte Constitucional. La ineficacia del Congreso y del Ejecutivo genera un vacío de poder, que deslegitima al Estado y pone en riesgo los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. Como quiera que la función de la Corte consiste en velar por la integridad de los derechos fundamentales, su papel debe robustecerse en la escena política y suplir el déficit de los poderes del Estado, cuya negligencia conduce a un estado de cosas contrario a lo prescrito por la Constitución.¹⁶

Estas acciones y procedimientos que realiza la Corte Constitucional al ejercer el control constitucional sobre el parlamento y el ejecutivo se encuentran enmarcadas desde el documento constitucional que posibilita las prácticas interpretativas y sustanciales que llevan a cabo los magistrados constitucionales y que en repetidas ocasiones se encuentran en superioridad a lo creado y producido por las instituciones centrales de la mayoría política al interior de los Estados contemporáneos:

La Constitución Política de 1991 determinó la entrada de Colombia al neo-constitucionalismo. Esta corriente alude a un modelo de organización política denominado Estado constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Este reconocimiento es correlativo a la creación de una Corte Constitucional, es decir, un tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. A su vez, esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes de derechos y en el equilibrio de los poderes del Estado. El sistema de fuentes del derecho se modifica por que se atribuyen fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no se puede concebir únicamente como un legislador negativo, tal como lo pensó *Kelsen* en los años 20 del siglo pasado, sino como un órgano activo, que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas. Por otra parte, se eleva a la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluida las altas Cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte.¹⁷

¹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2005, p. 19.

¹⁷ *Ibíd*em, p. 149.

Estas formas de control sobre las organizaciones e instituciones políticas y mayoritarias que están fijadas claramente en las distintas constituciones contemporáneas y que orientan la configuración de la estructura del Estado, encuentran su soporte en el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, donde los principios constitucionales son claves para consolidar un modelo de Estado avanzado y progresista en lo correspondiente a la democracia, los derechos y la responsabilidad institucional ante los mandatos constitucionales:

La superación de la forma liberal o legislativa del Estado supone afirmar que el poder público está limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa. El punto de mayor intensidad y, a la vez, conflictividad de esta afirmación es aquel que hace referencia al poder legislativo. Si en el modelo de Estado liberal este poder era considerado poder soberano en tanto que representante de la voluntad general, en el Estado constitucional queda sometido a derecho, al igual que el resto de los poderes del Estado. En general, esta afirmación, que es consecuencia de la proclamación, sin fisuras, de la supremacía constitucional, tiene importantes consecuencias prácticas en configuración del modelo jurídico-político constitucional...Ahora interesa centrar la cuestión desde un punto de vista teórico y analizar las relaciones entre el componente constitucional del Estado y el democrático, en la medida que hay que entender que, en el Estado constitucional, las reglas o límites que lo definen preceden y determinan su organización y funcionamiento democrático. Esta precedencia asegura que la centralidad de las personas y las garantías de sus derechos sean no sólo valores externos o condicionantes axiológicos, sino también vínculos estructurales de toda la ulterior dinámica política que implica el Estado democrático. Los motivos que la justifican se refieren al sentido limitativo del pacto constituyente, que delimita un núcleo tangible, y excluye determinados asuntos de las posibilidades de disposición del poder político.¹⁸

En El modelo de Estado donde mayor es el control constitucional y político de las instituciones estatales es el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, precisamente, este modelo ha sido incorporado en el documento constitucional colombiano y posee las siguientes características que promueven el control de las instituciones públicas:

Para usar de manera relevante la expresión Estado constitucional deben, me parece, tomarse en cuenta los tres sentidos de Constitución destacados. Así, de manera tentativa, puede decirse que cuando hablamos de Estados constitucionales aludidos a

¹⁸ PEÑA FREIRE, Manuel Antonio. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta; 1997, p. 64

sistemas jurídico- políticos que reúnen las siguientes características: 1. Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir, con una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente del de las disposiciones legales y superior a ellas...2. Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología... 3. La Constitución formal que responde a los lineamientos normativos del constitucionalismo tiene además que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado constitucional la Constitución formal debe ser aceptada como si contuviera el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político.¹⁹

Este modelo referencia la democracia constitucional que tiene una concepción diferente a la democracia formal, ya que la supremacía no se encuentra en las mayorías sino en el cumplimiento de los derechos fundamentales, incluso, los mismos derechos fundamentales se convierten en los límites de las distintas instituciones y poderes que configuran los Estados contemporáneos:

La noción de democracia constitucional, hace referencia preferentemente a la sustancia de las decisiones, y tanto a sus formas y procedimientos; al hecho de que el pacto constitucional en que se funda sirve de garantía para todos por igual, y no ya al hecho de que dicho pacto sea querido o compartido por todos, en suma, hace referencia mucho más a los derechos fundamentales estipulados por las constituciones como límites y vínculos a cualquier poder, que al autogobierno y, por tanto, a la voluntad y a la autonomía de los ciudadanos..., una vez estipulado el pacto constitucional se convierte en poder: en poderes privados, los derechos civiles o de autonomía negocial; en poderes públicos, a través de la medición representativa, los derechos políticos o de autonomía política. Y cualquier poder, por democrático que sea, en el paradigma de la democracia constitucional está sometido a límites y vínculos, como son los derechos fundamentales, con el propósito de impedir su degeneración, por su intrínseca vocación, en forma absoluta o despótica.²⁰

Las transformaciones estatales a partir de este modelo son complejas debido a que hay una ruptura con las propuestas anteriores, en el sentido que los ciudadanos y el Estado tienen deberes y derechos de forma equilibrada. En este modelo de Estado constitucional y democrático de derecho el Estado y sus

¹⁹ AGUILÓ, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Bogotá: Temis, 2004, pp. 50-53

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta; 2009, p. 109

instituciones son los que poseen los deberes mientras los ciudadanos se destacan por sus aspiraciones en un primer momento en que los derechos sean garantizados y en un segundo momento que sean protegidos de los intereses particulares, por lo cual el Estado amplía sus deberes de la garantía a la protección de los derechos fundamentales:

Los derechos fundamentales se configuran como cláusulas del pacto social entre los individuos, condiciones que vuelven aceptables para todos, en cuanto asociados, la obediencia a las reglas de convivencia: idealmente, el individuo acepta respetar las reglas sólo si la colectividad reconoce y garantiza derechos-expectativas fundamentales; pero ello implica, inmediatamente, que esos derechos pueden hacerse valer en contra del Estado, o bien que el Estado tiene el deber de establecer garantías para los derechos, precisando normativamente quién tiene la obligación de satisfacer (y la manera en que debe hacerlo) las expectativas individuales, y quién tiene la obligación de reparar el daño si alguien viola esa obligación.²¹

Esta obligación que adquiere el Estado constitucional y democrático de derecho con sus ciudadanos en lo relativo al cumplimiento de los derechos fundamentales según *Ferrajoli* esta soportada en el derecho internacional de los derechos humanos fruto de pactos y convenios internacionales, es decir, el Estado constitucional se encuentra enmarcado y supervisado por el derecho internacional a través de las organizaciones supraestatales creadas en las últimas décadas y que cada vez adquieren mayor eficacia:

El deber del Estado de instituir garantías para los derechos fundamentales deriva de su constitución, pero no únicamente: los derechos fundamentales hoy en día se encuentran establecidos no sólo en las constituciones de los Estados en particular sino, que es ese embrión de constitución mundial, y como la llama Ferrajoli, que está contenido en la Carta de la ONU, en la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948 y en los sucesivos pactos y tratados internacionales sobre los derechos humanos.²²

Estos postulados provenientes del derecho internacional público que se encuentra relacionado con el derecho constitucional que regula las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones estatales se han consolidado en los tiempos recientes con lo que se denomina el bloque de constitucionalidad:

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta; 2005, p. 230.

²² *Ibidem.*, pp. 230-231

Louis *Favoreu* comenta que la noción de bloque de constitucionalidad apareció en el Derecho francés. La idea de bloque evoca la de solidez y unidad. A veces se define un bloque como un conjunto que no puede ser escindido, dividido. Ello nos permite afirmar que la integración internormativa (norma constitucional + norma internacional), es la representación fehaciente del monismo moderado con prevalencia del Derecho internacional-unidad del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho interno- y, por consiguiente, tendrá aplicabilidad indivisamente en todos los casos que interesen a la persona humana, porque como se dijo son normas eficaces.²³

La Constitución colombiana de 1991 logra plasmar la relación entre los derechos fundamentales nacionales y los derechos fundamentales supranacionales que impulsan la democracia sustancial donde los jueces constitucionales son esenciales. Por ejemplo, en el control de las decisiones que determina el ejecutivo realizando ruptura con los postulados que planteaban un ejecutivo superior en la estructura del Estado:

La Constitución de 1991 buscó romper con un pasado autoritario, donde el diseño institucional propiciaba la limitación continua de los derechos fundamentales, la concentración de poderes excesivos del Ejecutivo y la debilidad del poder judicial que cedía fácilmente ante la influencia y presiones de aquél. Este objetivo de la nueva Constitución explica en buena medida la carta generosa de derechos (y mecanismos eficaces para garantizarlos), la restricción conceptual y temporal de los estados de excepción y la creación de la Corte Constitucional, un tribunal autónomo y con amplios poderes para defender la Carta Política (dentro de los que se encuentra el control de los estados de excepción). Desde esta perspectiva optimista, la Constitución del 91 estaba llamada a convertirse en la punta de lanza de una transformación democrática donde la normalidad institucional primase sobre la emergencia.²⁴

Para el contexto colombiano, el control constitucional sobre las decisiones del ejecutivo por parte de los jueces constitucionales ha afectado ciertos intereses particulares de los gobernantes y los partidos que los apoyan, originando reacciones del ejecutivo para que se limiten las intromisiones de la Corte Constitucional en las decisiones del gobierno, incluso los más críticos han llegado a proponer su desmonte:

La Corte no ha sido ajena a la adversidad de dicho contexto y a las presiones del Ejecutivo, lo cual evidentemente ha afectado el

²³ REY CANTOR, Ernesto. *Celebración y Jerarquía de los Derechos Humanos*. (Colombia y Venezuela). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; 2007, p. 144

²⁴ ITURRALDE, Manuel. "Estado de derecho...". Op. Cit., p. 117.

desarrollo de su jurisprudencia y el sentido de sus fallos. En cuanto al Ejecutivo, al ver cómo la Corte ha restringido la discrecionalidad de sus decisiones frente a la excepción, éste en numerosas ocasiones ha amenazado con limitar los poderes de aquélla a través de la presentación de proyectos de reforma constitucional que por ahora no se han materializado, pero que han dejado en claro la continua tensión entre la Corte constitucional y el Presidente y su gabinete frente a este tema. La propuesta del gobierno Uribe de volver al estado de sitio y de que la Carta excluya explícitamente el control material de la Corte sobre su declaratoria es el más reciente episodio de este conflicto”.²⁵

1.3. ESTADO CONSTITUCIONAL, JUECES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Surge el cuestionamiento de cómo los jueces constitucionales, que no son elegidos directamente por los ciudadanos, logran controlar al ejecutivo en sus respectivas decisiones cuando estos son elegidos en votaciones donde participa cierta parte de los ciudadanos de forma directa, la salida a este cuestionamiento se realiza en un primer momento desde el neo-constitucionalismo relacionado con la promulgación de la Constitución de 1991 y en un segundo momento desde la filosofía del derecho, partiendo de lo que propone el teórico *Ronald Dworkin* que considera a los jueces constitucionales como el vértice para controlar los restantes poderes, del Estado contemporáneo. A continuación, el profesor *Uprimny* resalta como el neo-constitucionalismo se encuentra plasmado en la Constitución colombiana y su viraje en lo tocante al protagonismo judicial, la innovación en la estructura estatal y la novedosa concepción democrática relacionada con los derechos fundamentales:

Esta vocación transformadora, que es común a buena parte del constitucionalismo latinoamericano reciente, ha tomado dos vías, que no son obligatoriamente complementarias: de un lado la Carta de 1991, como muchas otras constituciones latinoamericanas recientes, es densa en derechos humanos, pues se considera que el reconocimiento de los derechos colectivos o económicos, sociales y culturales, sobre todo si tienen protección judicial, contribuyen a una mayor igualdad social y la transformación democrática; de otro lado, esta Constitución también le apuesta a que la transformación a una sociedad más justa se haga por medio de una ampliación de los mecanismos de deliberación y participación democrática, para lo cual ha incorporado, además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democráticas. Estas dos vías de vocación

²⁵ Ibidem., p. 123

transformadora de la Constitución de 1991 (la ampliación de la participación democrática y el reconocimiento constitucional de nuevos derechos) explica dos nuevos rasgos del constitucionalismo colombiano, que comparte con otros países de América Latina: primero, un esfuerzo por tener democracias fuertes, gracias a la innovación y transformación de la democracia, repensando y reformulando sus formas y espacios; y segundo, la adopción de formas de constitucionalismo fuerte o neo-constitucionalismo.²⁶

Precisamente este neo-constitucionalismo tiene su legitimidad en la Constitución que representa los intereses colectivos y generales de los ciudadanos, con anterioridad en el proceso constituyente donde participaron los ciudadanos de forma activa en la elaboración del documento jurídico esencial de los Estados contemporáneos, el documento constitucional; a esto se le llaman momentos constitucionales:

Siguiendo a *Bruce Ackerman* (1991), las teorías democráticas pueden ser monistas o dualistas. Las primeras conceden una autoridad total a los poderes políticos vigentes. Por el contrario, una teoría dualista distingue entre los actos democráticos ordinarios y los momentos constitucionales. Las decisiones políticas tomadas por el pueblo mismo en los momentos constitucionales se caracterizan por el hecho de que los ciudadanos y el gobierno discuten con especial persistencia en torno a la necesidad de realizar profundos ajustes institucionales. En palabras de *Ackerman* y *Rozencrantz*, los momentos constitucionales se caracterizan por el hecho de que un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales, todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute y existe una mayoría partidaria de una forma de solucionar el problema.²⁷

Por su parte, desde la filosofía del derecho el profesor *Ronald Dworkin* considera que las mayorías políticas y los gobiernos que las representan están limitados por los derechos que provienen de las constituciones, estas limitaciones impiden la agresión de las mayorías y de sus gobiernos a los ciudadanos:

²⁶ UPRIMNY, Rodrigo. La Constitución de 1991 como constitución transformadora ¿Un noeconstitucionalismo fuerte y una democracia débil?: En: 20 Años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung; 2011, p. 39

²⁷ JOST, Stefan. Los momentos fundacionales de la Constitución Política de 1991. En: 20 Años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Editorial Konrad Adenauer Stiftung; 2011, p. 26

La filosofía jurídica de *Dworkin* está fundada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales -y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto- son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho. La filosofía política de *Dworkin* es antiutilitarista e individualista [...] La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.²⁸

El postulado de *Dworkin* desde la teoría del derecho sobre el control de las mayorías debido a sus equivocaciones en la historia por priorizar los intereses particulares de los partidos políticos y los intereses individuales lo comparten otras teorías del derecho como el realismo jurídico donde los jueces son esenciales para garantizar precisamente los intereses colectivos que parten desde el documento fundacional y orientativo de los Estados modernos, la Constitución:

Los realistas se enfrentaron a la cultura jurídica liberal dominante en la academia legal estadounidense de finales del siglo XIX y denunciaron el carácter marginal, indeterminado y político de la práctica jurídica contra las pretensiones de neutralidad y determinación defendidas por el pensamiento dogmático jurídico. Para tal efecto, utilizaron, por un lado, el razonamiento lógico para poner en evidencia la falta de coherencia de las decisiones judiciales, lo cual fue denominado en aquel entonces como “desmonte”. Por otro lado, los realistas abogaron por el uso de las ciencias sociales y en particular por la investigación empírica como instrumento para la explicación objetiva de los procesos jurídicos, de tal manera que se pusiera en evidencia la manera como el derecho logra o no determinar las conductas sociales. Las ciencias sociales eran percibidas como un antídoto contra el sesgo político de la interpretación jurídica y, adicionalmente, como una garantía para la producción de normas jurídicas conectadas con el entorno social. Se trataba, pues, de una propuesta crítica y científica a la vez.²⁹

La diferencia entre las leyes que produce el parlamento y la Constitución se basa en que las primeras son realizadas por las mayorías políticas que se encuentran plasmadas de forma concreta en los partidos políticos instalados con sus representantes en el legislador, por eso varias de las leyes que son

²⁸ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 2002, pp. 16-17

²⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Estudio preliminar. En: Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; 2001, p. 3

proclamadas por el legislativo están creadas bajo los intereses particulares de los partidos y de otras formas de organización que tienen incidencia en los partidos, mientras que la Constitución es fruto de acuerdos entre los distintos sectores sociales, teniendo legitimidad tanto, en el campo jurídico como en el campo social. A partir de esta situación, las constituciones contemporáneas tienen derechos y procedimientos que limitan las acciones de estas mayorías y así prevalezcan de forma real los intereses generales y **en de la ciudadanía:**

La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La constitución, y particularmente el “*Bill of Rihts*”, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común [...] Esta interferencia con la práctica democrática exige una justificación. Los redactores de la Constitución dieron por sentado que tales restricciones podían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría, y de los que se puede decir que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales, sean éstas “vagas” o precisas.³⁰

Incluso, la teoría neo-constitucional ha planteado que ante el peligro de asistir a Estados totalitarios como lo sucedido en la Alemania nazi donde los procedimientos de elección fueron legales y configuraron una época convulsionada para la humanidad, se deben proteger las libertades de los ciudadanos en todo momento por parte de las mismas instituciones estatales. Fue así como surgió el postulado de los derechos fundamentales de libertad. Con la pretensión de evitar los excesos del Estado, por eso estos derechos son considerados contra el Estado o libertad negativa:

Según la concepción liberal, “los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado”. Acorde con su origen iusnaturalista, esta teoría reconoce a los individuos una esfera de libertad negativa previa al Estado. La tesis principal de la concepción liberal de los derechos señala que a cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembro del género humano, y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio. Los derechos fundamentales cumplen, en este sentido, la función de defensa de la libertad negativa del individuo frente a las intromisiones del Estado. Estos derechos aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué

³⁰ DWORKIN, Ronald. “Los derechos...”. Op. Cit., pp. 211-212.

pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados - de su cuerpo, de su imagen, de su honor- y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las injerencias extrañas en los campos privados del individuo”.³¹

No solamente los derechos fundamentales de libertad que son exigibles a las instituciones estatales por parte de los ciudadanos son los únicos que benefician a los ciudadanos, se encuentran otros derechos fundamentales que logran posibilitar un ciudadano autónomo, racional y solidario, que se vuelve activo políticamente de forma deliberativa y no clientelista, incluso se puede considerar que los derechos fundamentales entendidas como sociales y que pretenden resolver las necesidades esenciales de los ciudadanos deben garantizarse por parte de las instituciones estatales con la pretensión de que otros derechos como los de libertad puedan realizarse plenamente, estos derechos que benefician en su esencia a los ciudadanos son llamados también derechos prestacionales:

..., el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población da origen a ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos fundamentales prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspan, de modo subsidiario sobre todos los miembros de la sociedad, que se reúnen en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional [...] se origina sobre toda la comunidad un deber de solidaridad de contribuir a este fin. Este deber difuso se concreta en un deber cuyo destinatario es el Estado, dimensión políticamente organizada de la sociedad, y que es correlativo a los derechos de prestación.³²

Estos derechos prestacionales o también llamados derechos sociales fundamentales al garantizarse por parte de las instituciones estatales a los ciudadanos promueven que los restantes derechos fundamentales sean cumplidos de una mejor forma originando legitimidad por parte del Estado ante sus ciudadanos, el cumplimiento de estos derechos se encuentra evaluado y supervisado en un primer momento por ciertas instituciones responsables de este control, como los tribunales:

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2005, p. 256

³² *Ibidem.*, pp.353- 354

“No pocos autorizados juristas advierten hoy, con una cierta lógica interna, acerca de la relación inversamente proporcional que pudiera darse entre extensión e intención a la hora de lograr eficaz protección jurídica para unos u otros derechos fundamentales. Y tampoco dejan de estar ausentes los avisos sobre condiciones objetivas que impiden o dificultan sobremanera – con las inevitables consecuencias de frustración y deslegitimación-el completo reconocimiento de determinadas aspiraciones humanas o exigencia éticas como auténticos derechos subjetivos ejercitables con plenas garantías en el marco de un sistema jurídico avalado por la Constitución y los competentes tribunales de justicia, nacionales e internacionales. Todo ello es cierto, realista y razonable y habrá de ser tomado muy en consideración por los legisladores y por la propia sociedad si se quiere construir algo con responsabilidad”.³³

Precisamente, son los tribunales constitucionales o Cortes constitucionales como la colombiana, los que definen la responsabilidad del ejecutivo desde los decretos ley desde la administración de los recursos y del parlamento en la promulgación de leyes que impulsen la garantía y la protección de los derechos fundamentales que adquieren los ciudadanos en un Estado social o constitucional de derecho contemporáneo y que en el contexto colombiano ha avanzado paulatinamente:

Los límites y vínculos que las constituciones contemporáneas establecen al poder político se traducen en un cambio de paradigma, respeto de la ley y los derechos, que ha acompañado este proceso. Debido a que constitucionalmente se consagra como razón de ser del Estado-parato la realización de fines como la garantía de los derechos, la Constitución limita el poder del Gobierno y el Congreso para tramitar leyes y sus propias reformas, pero sobre todo amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. 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. De la Constitución como límite al orden jurídico se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales. Primero los derechos que las leyes, primero los derechos que la autoridad. Por su naturaleza normativa y a partir de su fuerza vinculante, las constituciones son esquemas para orientar las actuaciones de las ramas del poder público.³⁴

³³ DÍAZ, Elías. Realismo Crítico y Estado de Derecho. En: Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos; 2006, p. 44

³⁴ GARCÍA JARAMILLO Leonardo. Logros y Desafíos de una democracia constitucional en construcción. En: 20 Años de la Constitución Colombiana logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung; 2011, p. 73

El realizar control constitucional sobre las decisiones del ejecutivo y el parlamento por parte de los jueces constitucionales de las altas Cortes se encuentra sustentado en las transformaciones que han ocurrido en el derecho y que han sido impulsadas por la teoría del derecho y en relación estrecha con la filosofía del derecho contemporánea, esta transformación perfila un juez activista que propugna la garantía y protección de los derechos fundamentales:

Ello ha ocurrido fundamentalmente por tres razones: En primer lugar por el auge del Estado bienestar, que ha producido una serie de intervenciones mayores del Estado, básicamente del órgano ejecutivo, en la vida económica y social, lo que a su vez ha generado una mayor necesidad de control al gobierno por parte de los jueces; y, en ese sentido, estrechamente vinculado con esta situación se encuentra el de la denominada “revuelta contra el formalismo”, que hace que los jueces acudan más a criterios de tipo sustancial o material en la resolución de los conflictos que a criterios puramente formales, con lo cual se acrecienta la creatividad del juez. También menciona *CAPPELLETTI* el auge de los convenios internacionales de derechos humanos, que ha desembocado en un mayor activismo judicial, en la medida que estos convenios contienen normas de tipo general que al hacerse judicialmente exigibles requieren de un mayor papel creador de parte de los jueces, ya que ellos deben dotar de contenidos concreto a normas de tipo general, y en esa medida, entonces, los jueces crean derecho.³⁵

Para el contexto colombiano después de la Constitución de 1991 los jueces pasaron de un sistema concentrado donde solamente las altas cortes eran las que interpretaban la Constitución de forma parcial y sin intervenir en las demás estructuras e instituciones estatales, mientras que los restantes jueces reproducían en primer lugar las leyes emanadas del parlamento y en segundo lugar del ejecutivo, a un sistema difuso donde los jueces en general cumplen funciones constitucionales, entre ellas la protección de los ciudadanos ante el abuso o vulneración de sus derechos por parte de las instituciones públicas responsables:

Tradicionalmente se ha clasificado el control jurisdiccional de constitucionalidad a partir de una tajante división entre control concentrado y control difuso, bajo el entendido que el control difuso, que se yergue con el fallo *Marbury Vs. Madison*, en donde el Juez Marshall, -asiéndose a los papeles del federalista escritos por Hamilton- sostiene como piedra angular en su argumentación que aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla. De manera que si una ley se encuentra en oposición a la Constitución (el Juez) debe determinar cuál de las reglas en conflicto debe regir en tal

³⁵HOYOS, Arturo. La Interpretación constitucional. Bogotá: Ibáñez;2012, p. 47

caso: Esta es la real esencia del deber judicial. Y por tanto, cualquier Juez de cualquier instancia actúa como Juez constitucional.³⁶

Pese a que los jueces en el contexto colombiano son considerados constitucionales por el impulso que promueven de la garantía y la protección de los derechos fundamentales, la diferencia entre los jueces de las altas cortes como la Corte Constitucional y los jueces municipales son notorias. La primera tiene la función específica de revisar las leyes y los decretos-ley que promulga el parlamento y el ejecutivo con la pretensión de que no estén en contra de la Constitución configurando jurisprudencia a partir de sus decisiones, por parte de los jueces municipales estos no han logrado realizar decisiones que controlen sus respectivas administraciones; su jurisprudencia se limita a los asuntos de garantía de derechos fundamentales por medio de la tutela y otras acciones jurídicas de incidencia local, pese a estas decisiones convertirse en precedentes de forma inmediata no tiene mayor incidencia en sus colegas, mientras las decisiones de la Corte Constitucional en materia de tutela orientan todo el sistema judicial y las instituciones públicas responsables, por lo anterior se deduciría que en el contexto colombiano se asistiría a un híbrido entre lo concentrado y lo difuso:

Los híbridos, tan propios de las naciones desposeídas y marginales, son aquellos que tienen sistemas de control difuso, pero que no pertenecen a la tradición anglosajona, [...] Si miramos de cerca el sistema norteamericano o los que se desplazan decididamente hacia un sistema de precedentes como producción natural de la Constitución, observamos que la división clásica entre control concentrado/difuso desde la óptica funcional o subjetiva pierde todo peso, no se trata de una moda o estilo, se trata de una imposición normal del régimen constitucional. Un sistema fuerte de precedentes contiene implícita la concentración material del sistema, así exista excepción de inconstitucionalidad, el Juez inferior está determinado por la interpretación que de la Constitución ha hecho la Corte Constitucional.³⁷

Estas funciones de la Corte Constitucional y los magistrados de las altas Cortes colombianas de realizar control sobre las instituciones centrales, y de los jueces constitucionales ordinarios y locales de proteger derechos fundamentales ante su vulneración por parte de los funcionarios públicos y las instituciones responsables configuran la justicia constitucional una de las características del Estado constitucional y democrático de derecho:

³⁶ SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso*. En: Justicia Constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá. Legis; 2006, p. 93

³⁷ Ibidem. pp. 94- 96

“Un aspecto medular de la justicia constitucional es evitar cualquier tipo de discriminación. En ello radica parte esencial de la razón de existencia de un tribunal constitucional, pues en virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un estamento especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos, gobiernen en beneficio de todos y que cualquier trato desigual está justificado jurídicamente. La sociedad como un todo puede sustentar opiniones discriminatorias, ofensivas a una minoría o pretender imponer ideologías o cosmovisiones determinadas. La democracia, como forma de organización jurídico-política de los Estados cuenta con una característica cardinal: las decisiones colectivas son válidas en la medida en que sean adaptadas por el pueblo mediante los mecanismos de participación establecidos. En una democracia mediada por una Constitución, la legitimidad se distingue de la estricta validez. El proceso de configuración de las cuestiones políticas debe, por tanto, contar no sólo con apoyos mayoritarios, sino con la participación de todos aquellos que serán afectados, así sea potencialmente, por las decisiones. De ahí también que en los últimos años hayan recibido tanta atención concepciones normativas de la democracia, como aquella en virtud de la cual la deliberación debe mediar las decisiones que regirán la sociedad”.³⁸

En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, en lo concerniente al campo jurídico, se propone la supremacía constitucional donde los protagonistas son los jueces debido a que son los autorizados para interpretar la Constitución y los respectivos principios y derechos que la soportan y que se han configurado paulatinamente en beneficio de los ciudadanos:

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del “Estado Constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los Estados de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de

³⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Logros y Desafíos de una democracia constitucional...”, Op. Cit., pp. 76-77

las bases ideológicas que fundamenta el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la concepción del derecho.³⁹

Precisamente, en el Estado constitucional y democrático del derecho, el juez es el soporte central al interpretar la Constitución y proporcionar el control a los restantes poderes y estructuras del Estado, en este modelo la pretensión de garantizar y proteger derechos es una posibilidad real:

La unidad del derecho, según la existencia del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia. Habíamos comenzado nuestro recorrido en una época constitucional muy distinta, cuando el señor del derecho era el legislador y esos elementos que componen el derecho se encontraban todos unidos en él, en la ley. La transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado este cambio de mano, ciertamente al margen de las intenciones y de las previsiones de los autores de las Constituciones actuales.⁴⁰

Esta supremacía de la Constitución y la aparición del Estado constitucional y democrático de derecho donde el juez es primordial al realizar el control constitucional sobre los poderes del ejecutivo y del parlamento, y las instituciones públicas responsables con la pretensión de que los principios constitucionales y los derechos fundamentales sean garantizados y protegidos para beneficio de los ciudadanos, precisamente la filosofía del derecho contemporánea ha sido esencial en estas transformaciones del Estado y del derecho.

1.4. APRECIACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Para determinar el control constitucional desde la filosofía del derecho se partirá en primer lugar de una reflexión sobre la transformación estatal y en un

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta; 2008, p.34

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 150

segundo momento se señalarán las perspectivas iusfilosóficas contemporáneas que determinan la función y las decisiones que realiza el juez en los Estados constitucionales donde los restantes poderes e instituciones son controlados por la organización judicial con la pretensión de salvaguardar la Constitución.

1.5. TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA

Entre las discusiones que han marcado la filosofía del derecho recientemente se encuentra el concepto de Estado y sus transformaciones contemporáneas, la reflexión parte desde el Estado de derecho que tiene sus inicios en el siglo XVIII con la proclamación de las primeras constituciones y la respectiva división de poderes. Son varios los teóricos del derecho que proponen que el Estado de derecho se mantiene hasta la actualidad y otros que por el contrario consideran que se ha transformado dando origen a otros modelos de Estado y que el Estado de derecho era el primer eslabón:

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. El Estado de Derecho, tanto en su plasmación positiva como-relación no lineal ni mecánica-en su formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y de garantías de derecho de diversa especie (penal, procesal, etc.) que no pueden prescindir tampoco-por coherencias internas-de una cierta referencia inicial a algún tipo de igualdad real (socioeconómica, cultural, etc.). El Estado de derecho es, así, decíamos, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual, hecha por gentes, e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades- y, que a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, en forma tanto de intervención positiva para toma de decisiones en los asuntos públicos, como de, la denominada, negativa no inferencia de los demás en zonas a salvaguardar legítimamente. Se trata de lograr a la vez una mayor participación de los individuos y una mayor responsabilidad de los poderes, velando por la libertad de todos.⁴¹

⁴¹ DÍAZ, Elías. Realismo Crítico y Estado de Derecho. En: Contornos y pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos; 2006 ,p.36

Precisamente, este primer eslabón reconocido como Estado de derecho y que proyecta las respectivas transformaciones estatales y del derecho ha sido definido con sus respectivas características por filósofos y teóricos del derecho como Ferrajoli:

Con la expresión “Estado de derecho” se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, “Estado de Derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido [...], son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En segundo sentido, fuerte o sustancial, “Estado de Derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.⁴²

A partir de la definición del Estado de derecho y de plantear que es un eslabón inicial en el proceso de transformación lleva a que se configuren distintos tipos o modelos de Estado, en un proceso histórico que pretende la configuración de un Estado que beneficie de forma general a los ciudadanos de las naciones como del globo:

..., pero siempre abierto a crítica y revisión, sobre los caracteres y finalidades del Estado de Derecho, habría ahora que subrayar con específica atención que tanto la necesaria búsqueda de una mayor legitimación, adhesión y participación, como también la indagación por una más justa y ética legitimidad, implica de manera muy decisiva no inmovilizar con caracteres esencialistas el significado de esos elementos, de esos requisitos y de esos contenidos que configuran a aquél. Y, de manera muy especial, implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales. En el fondo, de ahí deriva -sobre la base de “las luchas por las condiciones reales de la existencia-toda esa evolución histórica, propuesta también como idea de futuro, que yo he resumido en estas tres grandes fórmulas o modelos, diferenciados pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de Derecho: modelos que no son para nada intemporales, fijos, eternos, cerrados e inmutables.⁴³

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: Neoconstitucionalismo (S). Madrid: Trotta; 2005, pp. 13-14.

⁴³ Díaz, Elías. “Realismo crítico...”. Op. Cit., p. 40

1.5.1. El Estado de derecho legislativo y la ausencia del control constitucional. Como se ha venido exponiendo, el primer modelo de Estado en la modernidad es el modelo de Estado de derecho que fue configurándose para la ciencia política como Estado de derecho liberal y para la ciencia jurídica como Estado legislativo de derecho debido a la importancia central que tenía el legislador como promulgador de las leyes que eran el soporte central de las acciones jurídicas estatales:

El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado Legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa [...] De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue el carácter también tendencial cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto [...] se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legitimidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica.⁴⁴

La teoría del derecho que soporta este modelo de Estado de derecho legislativo es el positivismo jurídico, que ha sido predominante por varias décadas, soportando los cuestionamientos desde sus inicios y que solamente en las primeras décadas del siglo XX fue paulatinamente relegada por la aparición de innovadoras teorías del derecho. Entre las características tradicionales del positivismo jurídico se encuentra la separación entre derecho y moral:

..., el positivismo jurídico sostiene que el derecho es un fenómeno social, un artefacto creado por el hombre, basado en hechos sociales complejos y fundado, en última instancia, en convenciones sociales. Una consecuencia directa de esta posición es una clara separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser (Bentham, Austin). Esta es la famosa tesis de la separación, que consiste en sostener

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado...” Op. Cit., pp. 16-17.

que no hay una conexión necesaria (conceptual o lógica) entre derecho y moral, y que es considerada habitualmente (y con razón) una característica definitoria del positivismo jurídico.⁴⁵

De la relación entre Estado de derecho legislativo y positivismo jurídico como la teoría del derecho que soporta la estructura jurídica de los inicios del Estado moderno, proviene la estructura estatal que tiene como protagonista, orientador y productor del derecho al legislador, en un segundo plano se encontraría el ejecutivo y en la última escala de esta estructura estaría el juez que simplemente obedece la supremacía legislativa y las orientaciones e influencias que realiza el ejecutivo para suplir sus intereses específicos:

Este modelo se manifiesta en las siguientes ideas: 1. La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un claro predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente. 2. La neutralización política del poder judicial se obtiene a través del principio de legalidad, es decir, de la prohibición de que los jueces decidas contra legem y, del principio, conexo con el primero, de subsunción racional-formal, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, está desprovista de referentes sociales, éticas o políticas. 3. Además de retrospectivo, el poder judicial es reactivo, es decir, que sólo actúa cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver litigios es, de esta manera, abstracta y sólo se convierte en una oferta concreta de solución de litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva. Los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de la demanda. [...]. 5. En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de la seguridad jurídica, fundada en la generalidad y la universalidad de la ley en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La inseguridad sustantiva de futuro resulta de esta manera contornada tanto por la seguridad procesal del presente (observancia de las reglas del proceso), como por la seguridad procesal del futuro (el principio del caso juzgado o de la cosa juzgada). 6. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, la independencia de los jueces es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia. La independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa de los jueces ante los poderes legislativos y ejecutivos".⁴⁶

⁴⁵ MENDONCA, Daniel. Compendio de una teoría Analítica. Alchourrón y Bulygin en sus textos. Madrid: Marcial Pons; 2011, p.35.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá: ILSA; 2009, pp.80-81

Esta concepción de Estado de derecho legislativo fue trasplantada desde el contexto europeo hasta el contexto latinoamericano en el siglo XIX con la promulgación de las constituciones que soportarían la organización y la estructura de los nuevos Estados. En estas constituciones se reproduce la importancia central del legislador en la producción de leyes que regulan las relaciones de los ciudadanos y del Estado, convirtiéndose en el soberano y la organización vital del Estado liberal, concibiendo al ejecutivo y a la organización judicial como dependientes del creador de las leyes y por consiguiente del derecho:

La primera mitad del siglo XIX, época en la que nace y se consolida la República en la América Española, es la más espléndida para el principio. Los rígidos lineamientos de la ilustración, en su pretensión desmesurada de dividirlo todo en comportamientos de acero, se adoptan con reverencia y admiración por las primeras constituciones, con la esperanza-muchas veces vana-, de liberarse del despotismo de sus libertadores-bajo la inmensa fe revolucionaria en la ley, que no es más que una consecuencia del cambio de soberanía-merced a la cual antes que los hombres están las instituciones. La extrema simplificación del poder, ejecutada sobre la base de la ley, que es hecha, ejecutada o aplicada en casos concretos, parecía ser adecuada y suficiente para el entorno circunstancial de la época.⁴⁷

Para el contexto jurídico colombiano, los trasplantes donde se configuraba la importancia de la ley y su promulgador, el legislador fueron referenciados desde Francia, teniendo como eje central el Código Civil que regulaba las relaciones entre los ciudadanos y la naciente república; el facilitador e intérprete de la ley era el soberano legislador, mientras el juez era limitado a reproducir la ley sin ninguna posibilidad interpretativa, era un memorista y reproductor que debía obedecer sin la más mínima intención de cuestionar lo postulado en las leyes del momento:

..., la Ley tiene predominancia total frente a la costumbre y la jurisprudencia. En Francia, al menos, la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho, propias del detestado àncien regime. Los códigos post-revolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la Ley. En especial, la costumbre y la jurisprudencia únicamente,

⁴⁷ MORENO ORTIZ, Luis Javier. La Justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórico colombiana. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006, p.20.

representaban voluntades políticas particulares y tendían a conceder y preservar derechos provenientes del estatus de las personas, violando con ello las máximas de generalidad, impersonalidad e igualdad propias del nuevo derecho post-revolucionario. Esta misma prohibición aparece en el artículo 17 del Código Civil colombiano; Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.⁴⁸

La influencia del positivismo jurídico y del formalismo fue notoria, esta se encuentra en la importancia que adquieren los códigos en la práctica jurídica que se orientaba desde la misma estructura estatal ya que estos códigos eran revisados y aprobados por el legislador convirtiéndose en leyes que debían acatarse por parte de los ciudadanos, esta propuesta de codificación en el derecho moderno fue presentada por positivistas como el inglés Jeremy Bentham:

El trabajo del jurista censor, en este caso Bentham, era proponer como cuestión de *lex ferenda* el más coherente conjunto de normas en forma de códigos. Por esta razón, los utilitaristas (encabezados por el mismo Bentham) fueron los más fuertes partidarios de la codificación y racionalización del derecho dentro de la cultura intelectual inglesa. Esas nuevas leyes se encargarían de codificar los resultados de jurisprudencia censoria resultante de aplicar, de manera consistente, los principios utilitaristas en el derecho civil y en penal. En la terminología de Austin, la jurisprudencia censoria de Bentham correspondía a la “ciencia de legislación”, estos es, a lo que el derecho debe ser y no a lo que ya es en sus normas actualmente vigentes. Bentham reconocía, como reformador jurídico, que sus esfuerzos en general se encaminaban más hacia la jurisprudencia censoria, exactamente en las antípodas de lo que la mayoría de positivistas consideran es la misión central, fundamentalmente descriptiva o expositiva, de la teoría del derecho. Después de haber redactado códigos ideales en materia penal y civil, Bentham atacó el asunto de cómo trasplantarlo a otras jurisdicciones [...] Puesto que los códigos benthamistas eran el resultado de una jurisprudencia censoria con valor universal basada en el principio de la utilidad, un reformador consciente tenía que estudiar el problema de cómo trasplantarlos, y con qué adecuaciones, a nuevos ambientes. La diferencia entre lo local y lo universal era, así, una herramienta del trasplante legislativo que se

⁴⁸ López Medina, Diego Eduardo. El papel de los jueces y la jurisprudencia en la Constitución de 1886: Apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006, pp.28-29.

hacía necesaria para alguien que deseara implementar reformas en sociedades tradicionales.⁴⁹

1.5.2. El Estado social de derecho y las pretensiones del Control Constitucional. La supremacía de la ley y su creador, el legislativo, fueron predominantes durante varias décadas, entre los mediados del siglo XIX y bien entrado el siglo XX, cuando aparecen las primeras propuestas de crear una institución jurídica especializada que realizara interpretación constitucional y comenzara a realizar una especie de control sobre las otras instituciones estatales, fue así como se propuso configurar una Corte Constitucional con amplia autonomía y que reemplazara la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

“..., con la reforma de 1968 [...] el Senado, en uno de los debates dados a la reforma, propuso el establecimiento de una Corte Constitucional que iba a inaugurar en Colombia la idea de control constitucional concentrado. Los términos en los cuales el ponente de esta iniciativa presentó el proyecto para el debate en el Congreso son elocuentes en cuanto a la necesidad que se veía en crear una institución de este tipo: La creación de la Corte Constitucional es uno de los mejores aportes de la Comisión al proyecto. Con esta nueva institución alcanzará el Derecho Público nacional el más alto grado de racionalización de nuestro Estado de Derecho Judicial [...] se alineará el Estado colombiano en la primera fila con los otros Estados modernos que han perfeccionado y estilizado la función del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y actos del gobierno”.⁵⁰

Estos fueron los primeros intentos de configurar una Corte Constitucional en el contexto colombiano, mientras en contextos como el europeo y el estadounidense el modelo de Estado legislativo de derecho era paulatinamente reemplazado por un modelo de Estado de derecho inclinado a lo social y a resolver las necesidades básicas de la población. La primer apuesta por este modelo de Estado fue surgió paradójicamente en Alemania desde sus intelectuales y la Constitución de Weimar:

Hermann Heller, al igual que otros pensadores socialdemócratas como *Radbruch*, *Kirchheimer*, *Neumann*, *Korsch* (éste más en el ala izquierda del socialismo alemán), considera necesario establecer una verdadera constitución jurídico- social. Sobre ella se instauraría un Derecho social, el cual sería reflejo de una nueva concepción del Derecho asentada en el

⁴⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004, p.98

⁵⁰ JÁCOME GONZÁLEZ, Jorge. ¿Para que una Corte Constitucional en Colombia de 1968? Reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos. En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis., 2006, pp. 50-51

principio de autodeterminación social, y señaladamente, de autoorganización de los grupos sociales. En la concepción de los iussocialistas de Weimar el Derecho social era una forma de Derecho situada en el tránsito entre Derecho liberal y el Derecho democrático-socialista. El Derecho social se basa en la idea social como integradora y no sustitutiva de la idea individual. Para *Heller* las ideas sociales que inspira al Derecho social emergente no son todavía socialistas, pero abren el camino lógico y más coherente hacia su derivación propiamente socialista. Esta noción refleja una estrategia de la izquierda jurídica, que pretendía hacer penetrar lo social en la teoría jurídica y en la práctica política. En este sentido entiende que el Derecho social estatal parte de la asunción como propia de la concepción de *Lassalle* de que es precisamente la función y la misión del Estado el facilitar y ayudar a conseguir los grandes progresos culturales de la sociedad. *Lassalle* intentó adaptar la noción hegeliana de Estado a la concepción socialista, por ello lo entendió como el principal instrumento de transformación de la vida económica y social en un sentido emancipador y socializador. Por tanto, es un tipo de Estado intervencionista, racionalizador de la economía y corrector y compensador de las desigualdades sociales, asegurando, con ello, la libertad efectiva de todos los individuos. De ahí la valoración positiva de la fórmula del Estado social de Derecho en la constitución de Weimar.⁵¹

El Estado social de derecho comienza a configurarse paulatinamente en las primeras décadas del siglo XX con la pretensión de aumentar la intervención estatal en asuntos esenciales para los ciudadanos como la salud, la educación, la atención en la vejez, la seguridad social entre otras necesidades que al resolverse por parte de las instituciones públicas estatales configurarían un Estado fuerte en lo social y regulador en asuntos administrativos, este modelo estatal realizaría ruptura con lo propuesto del modelo de Estado de derecho liberal que dejaba al mercado como regulador y prestador de servicios no solamente de lo privado sino también de lo público, entre lo cual se encontraban los asuntos sociales:

“Ahora bien, desde la perspectiva de nuestra investigación, el aspecto filosófico más relevante del advenimiento del Estado Social es con seguridad el concepto de persona que este tipo de Estado presupone [...] según la teoría del Estado Social, en cambio, la persona se define por antonomasia como un sujeto titular de ciertas necesidades básicas, que en todo caso deben ser cubiertas. Quizás ha sido E. *Tugendhat* quien con mayor nitidez haya perfilado este concepto de persona presupuesto por la teoría del Estado Social. La idea central de *Tugendhat* señala que para responder la pregunta acerca de qué derechos tiene la persona, sólo puede ser fundamental el concepto de necesidad. De acuerdo con este autor, los derechos fundamentales establecen reglas de cooperación

⁵¹MONEREO PÉREZ, José Luis. La Defensa del Estado Social de Derecho. La teoría Política de Hermann Heller. Granada: El Viejo Topo, 2009, pp.67-69

social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre estos y el Estado”.⁵²

El soporte del Estado social de derecho se encuentra en las necesidades básicas de la ciudadanía que deben suplirse por parte de las instituciones públicas responsables. Para llevar a cabo el cumplimiento de estas necesidades por parte de estas instituciones se requiere una intervención pública que determine la obligatoriedad de las acciones pertinentes, es así como estas necesidades pasan a convertirse en derechos fundamentales en el modelo de Estado social:

Tugendhat sugiere construir un sistema de derechos fundamentales que se construya sobre el concepto de necesidad. La idea de necesidades inherentes al hombre no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y decidir su propio rumbo. Ejercer la libertad es también una necesidad humana. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos, soslayados por el pensamiento burgués. Esta idea pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. Ninguna sociedad que pretenda buscar la justicia puede dejar la satisfacción de las carencias de los menesteres a los resultados del azar económico. De lo anterior se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población da origen a ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos fundamentales prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación.⁵³

Este modelo de Estado social que tiene entre sus características convertir las necesidades básicas de los ciudadanos en derechos fundamentales, con énfasis en los derechos sociales fundamentales que deben garantizarse por las instituciones estatales ya que están enunciados en la Constitución que configura la organización, la estructura estatal y los derechos fundamentales que benefician a los ciudadanos, para lograr la pretensión de garantizar estos derechos la respectiva estructura estatal y sus funciones se transforma, consiguiéndose un posicionamiento de la institución judicial que adquiere un inusitado protagonismo ya que es la responsable de interpretar la Constitución

⁵² Bernal Pulido, Carlos. “*El principio de proporcionalidad...*”. Op. Cit., pp351-352

⁵³ *Ibidem.*, p.353

y supervisar el cumplimiento de los derechos fundamentales desde el Estado hacia sus ciudadanos:

..., sólo en el periodo de la segunda posguerra mundial se vio consolidada en los países centrales una nueva forma política del Estado: el Estado bienestar [...] 1. La teoría de separación de poderes entra en crisis. 2. La nueva instrumentación jurídica se traduce en sucesivas explosiones legislativas y, en consecuencia, en una sobrejuridicidad de la realidad social que pone fin a la coherencia y a la unidad del sistema jurídico. Surge un caos normativo que hace problemática la vigencia del principio de legalidad e imposibilidad la aplicación de la subsunción lógica. 3. El Estado bienestar se distingue por su fuerte componente promotor de bienestar, al lado del tradicional componente represivo. La consagración constitucional de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y al salario justo, a la seguridad en el empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social etc., significa entre otras cosas, la justificación de la justicia distributiva. La protección jurídica de la libertad deja de ser un mero vínculo negativo para pasar a ser un vínculo positivo que sólo se concreta mediante servicios del Estado. [...] 4. Al ser la proliferación de derechos, por lo menos en parte, una consecuencia de la emergencia en la sociedad de actores colectivos (organizaciones de trabajadores, por ejemplo), la distribución entre litigios individuales y colectivos se hace problemáticas en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con los intereses colectivos.⁵⁴

El modelo de Estado social de derecho que se consolidaba en el contexto europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando las nacientes constituciones incorporaban formalmente este modelo, llevaría a la transformación de la división de poderes, teniendo un amplio reconocimiento los jueces que serían los responsables de garantizar y proteger los derechos sociales fundamentales a los ciudadanos, promoviendo y controlando las instituciones públicas responsables de que estos derechos sean realizados plenamente:

En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, entró en crisis la legitimidad procesal-formal en la que los jueces se habían apoyado en el primer periodo. La consagración constitucional de los derechos sociales volvió más compleja y más "política" la relación entre la Constitución y el derecho ordinario y los jueces se vieron arrastrados al problema de las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos. En este sentido, los efectos extrajudiciales de la actuación de los jueces pasaron a ser el verdadero criterio de

⁵⁴ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica...*, Op. Cit., pp. 82-83

evaluación del desempeño judicial y, en esa medida, este desempeño dejó de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva. [...]. Para obviar tal efecto fue necesario profundizar el vínculo entre la constitución y el derecho ordinario por medio del cual se legitimaron decisiones praeter legem, o incluso contra legem, en lugar de las decisiones restrictivas, típicas del periodo anterior. El mismo imperativo llevó a los jueces a adoptar posiciones más activas que contrastan con las posiciones reactivas del periodo anterior en materia de acceso al derecho y en el ámbito de la legitimidad procesal para solicitar la protección de intereses colectivos y difusos. La misma constitucionalidad activa del derecho ordinario llevó a veces a los jueces a intervenir en el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea suprimiendo la falta de reglamentación de las leyes o presionando para que ésta tuviese lugar.⁵⁵

Pese a que el modelo fue implementado en los años de la posguerra y la Declaración Universal de los Derechos humanos de la ONU, en 1948, en el contexto latinoamericano solamente fue referenciado constitucionalmente al finalizar los años ochenta con la Constitución brasilera y en los inicios de los noventa con la Constitución colombiana donde los derechos sociales fundamentales aparecían formalmente en el texto constitucional logrando una perspectiva de obligatoriedad por parte de las instituciones públicas y el intérprete de la Constitución y la plena realización de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales:

..., con relación al modelo económico que sostiene al Estado social de derecho, este conlleva necesariamente una serie de instituciones que se encuentran al servicio de la sociedad, partiendo de la propia estructura del poder público que, por un lado, no solo permite a la propia ciudadanía formar parte de ella, sino también, propone una serie de medidas económicas que hacen posible lograr un modelo adaptado a las diferentes clases sociales del Estado Colombiano, las cuales permiten materializar los derechos colectivos de la sociedad, la redistribución del ingreso transformado en impuesto, el desarrollo de los servicios públicos de primera necesidad y el gasto público social como aspiraciones que colman como una expectativa su estructura. Tal estructura estatal no se materializa solamente desde un punto de vista institucional, (estructura del poder público), pues debe estar dotado de procedimientos constitucionales que materialicen los derechos planteados y referenciados con anterioridad, siendo el garante de tales el operador jurídico como parte de la estructura, pues él va a lograr afianzar la aceptación del derecho dentro de la sociedad, incorporando el derecho al lenguaje diario y necesario para el desenvolvimiento de ella, en pocas palabras: el operador jurídico legitima el derecho combinando su labor de protector de

⁵⁵Ibidem., p.84-85

derechos- cualquiera que sea su naturaleza, con la manifestación de expresar cuál debe ser la manera de entender el derecho y cuál su coherencia de acuerdo con la Constitución.⁵⁶

El incumplimiento en la garantía de los derechos sociales fundamentales en el contexto colombiano por parte de las instituciones públicas, llevaría a que los jueces constitucionales ampliaran su actividad judicial a garantizar la prestación de estos derechos a los ciudadanos, por medio de la acción de tutela:

Esta acción es de la misma estirpe que el amparo, recurso contemplado en muchas constituciones latinoamericanas y europeas. La tutela tiene las siguientes características: (1) puede ser utilizada por cualquier persona sin necesidad de abogado ni documentación escrita. (2) En principio, sólo protege los derechos fundamentales, no los derechos sociales; sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que cuando uno de estos derechos se encuentre en conexión directa con un derecho fundamental, puede emplearse la acción (con ello todos los derechos son, en potencia, objeto de tutela). (3) Todos los jueces de la República conocen de acciones de tutela. Todas las decisiones judiciales de tutela llegan a la Corte Constitucional y ésta revisa las que considera más importante. (4) Su procedimiento es sencillo y rápido: el juez debe decidir a más tardar en diez días y tomar las medidas eventuales para proteger el derecho fundamental. (5) Se puede interponer contra autoridades públicas o privadas. Por último, (6) estos parámetros normativos determinan un marco amplio de interpretación y aplicación judicial de los textos constitucionales, donde lo moral, lo político y lo jurídico mantienen fronteras difusas.⁵⁷

Los derechos que han venido garantizando los jueces constitucionales colombianos están relacionados con los derechos sociales fundamentales como la salud, la seguridad social, el trabajo y la educación, esto muestra que ante la ausencia de políticas por parte de las instituciones estatales responsables de realizar plenamente estos derechos para los ciudadanos, los jueces han tenido que convertirse en garantes de derechos y en el soporte para que el Estado social de derecho no se limite al documento constitucional y quede reducido a una expresión simbólica del constitucionalismo colombiano:

⁵⁶ BERNAL CASTRO, Carlos Andres. La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá. 2006. Legis, p. 252

⁵⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Rodríguez Garavito, César y García Villegas, Mauricio Las cifras de la Justicia. En: Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma. 2006, pp. 355-356

..., los tres derechos más invocados a través de la acción de tutela son el derecho de petición, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. El derecho de petición fue invocado en el 29% de los registros contabilizados, mientras que el derecho a la salud aparece en el 28% y el derecho a la seguridad social en el 20% de los registros. Los siguientes grupos de derechos más invocados son el derecho al debido proceso y al trabajo, los cuales aparecen en aproximadamente el 8% y el 5%, respectivamente, de las tutelas presentadas en el país. Un último grupo está conformado por aquellos derechos que tienen una presencia igual o menor al 1%. Dentro de esta categoría están el derecho a la educación y los derechos de los niños, los cuales son invocados en el 1.32% y el 1.18% de las tutelas. Además, puede señalarse una serie larga de otros derechos, que tiene una presencia menor al 1%, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la vivienda, al buen nombre, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la asociación, a la propiedad privada, el habeas data, la intimidad, el acceso a la administración de justicia, el ambiente sano, la maternidad y la libertad de culto. En términos generales, el primer grupo representa el 80% del total de los derechos invocados en las acciones de tutela; mientras el segundo equivale a un 14% y el tercero tan solo a un 7%.⁵⁸

Esta situación muestra cómo en Estados periféricos como el colombiano, el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales por parte de las instituciones estatales se puede considerar precario en comparación con los Estados centrales como es el caso de los europeos y del Norte de América donde la garantía y la protección son indudablemente realizadas por las instituciones públicas y la intervención de los jueces constitucionales es mínima, debido al compromiso estatal de cumplir de forma plena con estas garantías constitucionales:

El tema de la justicialidad de los derechos sociales adquiere matices especialmente intensos hoy en día en nuestro país, debido a la dificultad de conciliar una Constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias. [...] La judicialización de los derechos sociales plantea un problema de interpretación singular, que consiste en la evolución de los medios para lograr el fin constitucional propuesto. En efecto, mientras en los derechos de libertad (o derechos negativos) la simple acción o omisión del Estado, es, por lo general, un elemento suficiente para determinar la violación o la protección del derecho, en los derechos sociales se requiere la evaluación de las acciones de protección- que pueden ser múltiples y variadas, para emitir un juicio de eficacia. Mientras en los derechos de libertad, los problemas de realización resultan, por general, de obstáculos jurídicos, en los derechos

⁵⁸ *Ibidem.* p. 358

sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos”.⁵⁹

Para la teoría del derecho que reflexiona sobre los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales, el Estado tiene una responsabilidad en su cumplimiento, por eso, al Estado al no cumplir con sus obligaciones constitucionales estaría vulnerando estos derechos fundamentales, situación que se presenta de forma repetitiva en el contexto colombiano, donde quien realiza el daño o la vulneración de los derechos sociales son las mismas instituciones estatales:

Para el concepto clásico de la afectación, la acción del Estado es la condición necesaria de la afectación de un derecho fundamental (a). Este concepto de afectación, no obstante, ha venido ampliándose progresivamente en la doctrina constitucional. Así, la acción estatal ha dejado de ser condición necesaria de la afectación de un derecho fundamental (b). La ampliación del concepto de afectación posibilita que también la omisión estatal se conciba como una afectación en el campo de la protección del derecho fundamental que pueda llegar a vulnerar un tal derecho. A pesar de esto, el esquema de afectación/limitación de los derechos fundamentales por omisiones absolutas del Estado.⁶⁰

Pese a que las instituciones responsables estatales argumenten que sus recursos son escasos para lograr el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, (como ocurre con ciertas instituciones colombianas) estos deben cumplirse para beneficio de los ciudadanos. La posibilidad de resolver esta situación que puede originar tensiones e intensificación de los conflictos en una determinada sociedad está precisamente en la cooperación, la solidaridad y la justicia como principio del derecho:

Si pensamos que sólo en una sociedad organizada por el Derecho cabe superar la escasez, desde la solidaridad para alcanzar la cooperación, o dicho de otra forma, que la cooperación exige una sociedad organizada por reglas jurídicas, donde los valores de justicia comprendan junto a la libertad y la igualdad, la solidaridad, en estos modelos de abundancia o escasez extrema no se dan las condiciones de la cooperación. Pero Hume los describe sólo como modelos teóricos para explicar su idea de justicia. Concluirá que la situación común de sociedad consiste en un término medio entre todos esos extremos. Naturalmente somos parciales respecto a nosotros mismos y a nuestros amigos, pero somos capaces de comprender la ventaja que resulta de una conducta más equitativa:

⁵⁹ *Ibíd.* pp. 504-505

⁶⁰ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Universidad Nacional. LEGIS, 2005, p. 181

No sólo en esta sociedad tiene un papel el Derecho, que organiza la vida relacional, sino que se abre la sociedad a la cooperación y al valor de la solidaridad.⁶¹

El modelo de Estado social de derecho logró plasmarse plenamente en varios Estados europeos y en otros del Norte global fue realizado parcialmente pero muy cercano al ideal en algunos Estados europeos, mientras en el contexto latinoamericano este modelo ha tenido dificultades en su realización, más en unos Estados que en otros, por ejemplo en el Cono Sur el modelo tiene avances significativos, contrario lo que sucede en la región andina y la Amazonia donde la carencia de los derechos sociales por parte de los ciudadanos es palpable, originando desigualdad entre los Estados ricos que logran la garantía de derechos fundamentales hacia sus ciudadanos y los Estados pobres que no pueden garantizar o garantizan un mínimo de derechos sociales a los ciudadanos:

Hoy las nuevas fronteras de la igualdad son las planetarias, abiertas por la globalización, que incluyen a la humanidad entera. Hoy el gran desafío a la democracia es aquel generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre nuestras sociedades democráticas opulentas y las tres cuartas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, entre nuestros altos niveles de vida y los de miles de millones de seres humanos hambrientos. Esta desigualdad puede minar las bases de nuestras democracias. No olvidemos el papel performativo del derecho y el nexo que se deriva entre desigualdad de derechos y racismo: así como la igualdad en los derechos genera el sentido de igualdad, y con ello el respeto del otro como igual, así también la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, es decir, inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente. De nuevo, como siempre, la afirmación de la igualdad y de la democracia depende por tanto de la lucha de los excluidos. Y de nuevo, como para la superación de las discriminaciones y de las desigualdades del pasado, la lucha por la igualdad se alimenta del punto de vista externo al derecho vigente –y en antagonismo y en conflicto con él– de quien padece las desigualdades detrás de la pantalla falaz y mistificadora de la igualdad jurídica, que se hace pasar por descriptiva en vez de normativa⁶².

⁶¹ PECES- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política). Madrid: Dykinson, 2004, p. 77

⁶² FERRAJOLLI, LUIGI. La igualdad y sus garantías. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No. 13. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid; 2009, p. 323

1.5.3. Estado constitucional y democrático de derecho y la consolidación del Control Constitucional. Paulatinamente el Estado constitucional y democrático de derecho fue implementándose en el contexto europeo con la pretensión de su superioridad ante los anteriores modelos y como propuesta última de un Estado preparado para enfrentar los retos que asumen los Estados contemporáneos en pleno proceso de globalización y donde los ciudadanos deben protegerse para asumir estos complejos desafíos, esta concepción que difiere de los modelos anteriores da importancia a la interpretación constitucional por parte de los responsables (los jueces constitucionales) no desde las leyes sino desde principios constitucionales y los derechos fundamentales, en este contexto el control constitucional es determinante para lograr plenamente este modelo de Estado:

Como se sabe, por Estado constitucional no se entiende simplemente el Estado en que está vigente una Constitución, sino el Estado dotado de una Constitución con ciertas características: la constitución del Estado constitucional no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. El Estado constitucional se contrapone así al Estado legislativo, puesto que ahora el poder del legislador (y de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad y a ciertos procedimientos, sino que requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto una mayor demanda de argumentación jurídica. En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece en ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cualitativo y cuantitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implementación del modelo del estado constitucional.⁶³

El Estado constitucional fue configurándose a tal dimensión que fue posesionándose una corriente al interior de la teoría del derecho y en particular del derecho constitucional que se distinguirá como neo-constitucionalismo, esta corriente se ha caracterizado por su pretensión global y en los últimos años ha sido considerada como la opuesta al postulado neoliberal donde el mercado se convierte en el soporte central de las relaciones entre las personas, mientras el

⁶³ ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado constitucional. En: Derecho, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 25

neo-constitucionalismo privilegia las relaciones entre las personas y los colectivos desde el ámbito público y constitucional:

Las cartas de derechos constitucionales, el control constitucional y elactivismo judicial se difundieron en todo el mundo desde los años setenta, justo en la época en que se globalizaba el neoliberalismo [...] esta tendencia global ha avanzado por medio de tres rutas distintas. Primero, algunos países han seguido la ruta de transición única, mediante la cual incorporaron el control constitucional en las nuevas constituciones que marcaron la transición de regímenes semidemocráticos o autoritarios a la democracia. Éste fue el caso, entre otros, de España (1978), Portugal, (1976) y Sudáfrica (1993). En segundo lugar, los antiguos países socialistas hicieron la transición doble, al modelo occidental de economía de mercado y a la democracia, incorporando en el camino los derechos constitucionales y el control constitucional. Entre ellos destacan Hungría (1989-90), Polonia (1986) y Rusia (1991). Finalmente, algunos Estados introdujeron estas reformas gradualmente, sin la promulgación de nuevas constituciones o la transformación radical de sus economías y sistemas políticos. Éste es, por ejemplo, el caso de Canadá (1982) y de Nueva Zelanda (1990)⁶⁴

Este modelo de Estado constitucional y democrático de derecho fue trasladándose al contexto latinoamericano por medio de la proclamación de nuevas constituciones y reformas constitucionales que ocurrían en los diferentes Estados de la región desde finales de los años ochenta con la proclamación de la Constitución de Brasil e inicios de los noventa con la innovadora Constitución colombiana, de ahí en adelante la mayoría de los Estados realizarían cambios constitucionales de trascendencia, con la pretensión de lograr un bienestar y calidad de vida para sus ciudadanos:

La Constitución brasileña de 1988 inauguró una ola regional a la que se unieron, entre otros Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1988, 1994), México (1994), Venezuela (1998) y Ecuador (2008). Si bien la mayoría de estos países siguió el camino de transición única a la hora de abandonar sus regímenes autoritarios (p.ej., Argentina) o democráticos limitados (p.ej., Colombia), otros (p.ej., México) adoptaron la tercera de las vías y en ellos predominaron las reformas menores sin que se efectuara una transformación institucional de carácter general. [...] Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales en América Latina y otras regionales del Sur Global han desarrollado una postura activista hacia la protección de los derechos sociales, es decir, los derechos positivos que exigen la acción del Estado para garantizar un mínimo de bienestar material en contextos de profunda privación y

⁶⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. La Globalización del Estado de Derecho. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009, pp. 37-38

desigualdad. Así ha surgido una variedad meridional de constitucionalismo que amplía el concepto de Estado de derecho para incluir la protección judicial de estos derechos.⁶⁵

La supremacía de la Constitución en el Estado constitucional está claramente determinada en el mismo texto constitucional al configurarse los tribunales o cortes constitucionales que tendrán la obligación de interpretar, garantizar, proteger y proyectar lo plasmado en la Constitución, convirtiéndose los jueces constitucionales en la institución legítima y responsable que comprende las orientaciones que se desprenden de la supremacía constitucional ante los restantes poderes institucionales, es aquí donde aparece nuevamente el control constitucional de las instituciones estatales responsables con la pretensión de que los ciudadanos se beneficien directa e indirectamente de los derechos, principios y valores constitucionales:

Si defendemos la Constitución como la vía a la civilidad y la fórmula principal de racionalización de la fuerza, debemos admitir por tanto su supremacía lo cual conduce inevitablemente a que tal supremacía presupone un control y que tal control es poder, es un círculo del cual no hay escape, pero que ofrece las únicas posibilidades para hacer realidad cualquier proyecto constitucional, que de otra manera encallarían irredimiblemente. [...] ahora bien, privar al juez constitucional de competencia para la defensa judicial de ciertos temas inscritos en la Constitución, conduce irreparablemente en la negociación directa de la supremacía constitucional, debido a que la sacralización de zonas normativas de la Carta política causaría dos efectos demoledores: de un lado se crea una infraconstitucionalidad de la zona jurídica aludida al dejar desguarnecida ante los ataques de la normatividad inferior ; y de otro lado, deriva en la formación de la paradoja descrita por John Marshall en el caso de Marbury Vs. Madison, consistente en que el legislador al concretar una prescripción (que en este caso dejaría de serlo) constitucional, mediante una ley (sin control constitucional), suprime en el acto la Constitución y se eleva ilegítimamente en el status de constituyente primario, obrando como fuente directa y suprema de creación de las categorías jurídicas constitucional, negando su naturaleza de poder derivado (no original) y su función esencial de concreción jurídica a partir de interpretaciones políticas- no jurídicas- de la Constitución.⁶⁶

Esta supremacía constitucional que recoge el Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo la preceden varias determinaciones constitucionales anteriores y otras recientes que son consolidadas por este modelo de Estado, entre las destacadas se encuentra el control constitucional

⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 38-39

⁶⁶ Sanín Restrepo, Ricardo. *Libertad y justicia constitucional*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004, pp.94-95

que tiene sus antecedentes en el contexto jurídico estadounidense y que se conoce como revisión judicial (judicial review):

Marshall no estaba creando nada, sino consolidando únicamente en una resolución vinculatoria el novel camino teórico que se había seguido en el sistema constitucional norteamericano. En conclusión, como refiere Corwin, la revisión judicial descansa en las siguientes proposiciones: 1. Que la Constitución obliga a los órganos del gobierno 2. Que es ley en sentido de ser conocida y aplicada por las Cortes 3. Que la función de interpretar la ley corresponde solamente a las Cortes, así que las interpretaciones de la Constitución como parte de dicha ley son, en todos los casos que llegan al conocimiento judicial, las únicas con autoridad, mientras que las de los otros departamentos son meras expresiones de opinión. Es la tercera proposición la que hasta nuestros días continúa siendo motivo de polémica para los prosélitos y detractores. La exclusividad interpretativa que deviene en corona de la supremacía de la Corte Federal ha recibido toda clase de críticas que guardan celosa actualidad para todo sistema que consagre el control jurisdiccional de constitucionalidad. Por ende, es menester considerar que la expresión de cualquier crítica alcanza todo el desarrollo de la revisión. No obstante, tratándose del caso estadounidense, el derrotero seguido va a hacer potenciado por su particular cultura de los derechos y libertades”.⁶⁷

Las propuestas jurídicas estadounidenses como la revisión judicial, la interpretación constitucional, los estudios interdisciplinarios, el estudio de caso, entre otras han sido paulatinamente trasplantadas al contexto latinoamericano en los años recientes por medio de reformas constitucionales, reflexiones teóricas, visitas académicas, entre otras actividades que impulsan esta recepción, con la pretensión de disputar la influencia histórica de las propuestas jurídicas provenientes de Europa continental:

“..., desde la segunda mitad del siglo XX, Latinoamérica, ha trasplantado, por un lado, un conjunto de normas e instituciones económicas y jurídicas que buscan promover principios liberales clásicos con el objetivo de fortalecer el Estado de derecho y la economía de mercado en la región; y por el otro, un paquete de normas e instituciones que buscan transformar los sistemas judiciales de los Estados de esta zona del continente, siguiendo el modelo estadounidense, así como un conjunto importante de categorías conceptuales articuladas por la filosofía del derecho y la teoría política

⁶⁷RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. El control constitucional de la reforma a la Constitución. Madrid: Dykinson, 2006 , pp. 34-35

anglosajonas con el fin de reconstruir o reinterpretar su derecho constitucional”.⁶⁸

Aunque el control constitucional o como lo llaman los estadounidenses la revisión judicial tiene sus inicios en el contexto jurídico anglosajón, los europeos desde sus teóricos del derecho han planteado la necesidad del control constitucional por parte de los jueces hacia las instituciones estatales, máxime cuando fueron afectados directamente por los intereses de las mayorías políticas sin ningún control constitucional como fue el caso de los países que asistieron a las dictaduras fascistas de Alemania, España e Italia, precisamente contextos que van a impulsar el control constitucional y lo llevaran a la práctica con la pretensión de no repetir lo sucedido en los mediados del siglo XX, precisamente Hans Kelsen estimado como uno de los teóricos del derecho europeo destacados y que terminara exiliado por los acontecimientos sucedidos, planteará la necesidad de este control en los Estados que se consideran democráticos:

El primer caso de control de constitucionalidad tiene su origen en Austria bajo la influencia de Hans Kelsen que en virtud de sus teorías jurídico-constitucionales estableció una noble influencia para crear una alta Corte especializada que ejerce de manera exclusiva la función protectora de la Constitución [...] En Francia, es precisamente, a partir de 1971, cuando el Consejo Constitucional se compromete en la vía de un control interno o de fondo; antes éste verificaba solamente la regularidad externa de la ley cuestionada, el respeto del procedimiento legislativo, el respeto de la atribución de competencia entre el Parlamento y el poder ejecutivo. A partir de 1971, el Consejo Constitucional no es más regulador de la actividad de los poderes públicos, él se convierte en el guardián y protector de los derechos y de las libertades públicas contra la voluntad legislativa de una mayoría gubernamental.⁶⁹

Como se puede observar, el control constitucional tiene dos vías como propuesta jurídica, la primera más práctica que teórica que fue lo postulado por el contexto jurídico anglosajón desde el mismo siglo XIX, época en que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos paulatinamente comienza a orientar constitucionalmente el control que debe realizar sobre los restantes poderes del Estado; la segunda vía es la del contexto jurídico de Europa continental que se caracteriza por partir de postulados teóricos que llevarían paulatinamente a la práctica y que tiene su impulso con los avances en teoría del derecho y derecho constitucional en la posguerra de mediados y finales del

⁶⁸ BONILLA MALDONADO, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009, pp. 13-14

⁶⁹ BERNAL CANO, Natalia. El Control de Constitucionalidad de la Ley. Estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá : Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp.35-36

siglo XX, precisamente con la pretensión de que dichas situaciones desaparezcan del devenir europeo.

Siguiendo las intenciones del profesor Kelsen, en los años posteriores a sus publicaciones, aparecieron teóricos que complementarían sus tesis de control constitucional en los Estados contemporáneos y que darían una importancia central a la Constitución como el documento jurídico que posibilita la organización y la estructura del Estado, es así como las constituciones de la posguerra para limitar situaciones como las sucedidas en los Estados que pasaron de la democracia mayoritaria al autoritarismo belicoso, impulsaron la importancia de los jueces constitucionales para interpretar la Constitución y cumplir las funciones que se desprende de dicho documento sociojurídico como el control constitucional y lo que consolidaría este proceso interpretativo y de control que el distinguido teórico del derecho y constitucionalista Robert Alexy en una primera definición los reconoce como los derechos constitucionales y que también son conocidos como derechos fundamentales:

“Cuando hablamos de derechos constitucionales entran en juego tres tipos de conceptos: uno formal, uno sustancial y otro procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho constitucional se define como un derecho contenido en la constitución o en cierta parte de ella; si la constitución clasifica dicho derecho como constitucional, o si la constitución le otorga una protección especial como, por ejemplo, la posibilidad de recurso ante el tribunal constitucional. [...] A primera vista, parecería que un concepto sustancial de derechos constitucionales se define, simplemente, por la positivización de los derechos humanos. Así, los derechos humanos y los constitucionales se convertirían en conceptos extensionalmente equivalentes. Sin embargo, este procedimiento tendría efectos supra e infra- incluyentes. Bien puede ser que las constituciones incluyan derechos que no cabe considerar como derechos humanos, y, también, que haya derechos humanos que no tengan cabida en una constitución. [...] El tercer concepto de derechos constitucionales tiene un carácter procedimental. Este concepto refleja los problemas institucionales de la transformación de los derechos humanos en derecho positivo, a saber: la incorporación de derechos humanos en la constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento. En este orden de cosas, los derechos constitucionales son una manifestación de desconfianza en el proceso democrático. Es decir, serían, al mismo tiempo, la base y la frontera de la democracia. En correspondencia con esta idea, habría un concepto procedimental de derechos constitucionales, sobre la base del cual se sostendría que los derechos constitucionales son tan importantes que la

decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias.⁷⁰

El control constitucional sobre los restantes poderes del Estado constitucional por parte de los jueces constitucionales pretende el bienestar de los ciudadanos para los cuales realizan la interpretación constitucional por medio de sus pronunciamientos jurisprudenciales claramente vinculados a los derechos humanos que provienen de pactos y convenios internacionales entre los Estados y las organizaciones de derechos humanos internacionales y supranacionales. Los derechos constitucionales o fundamentales que están plasmados en las constituciones contemporáneas y que orientan el surgimiento del Estados constitucional donde los ciudadanos son el interés central de las instituciones estatales, esta importancia se expresa por medio del cumplimiento de los derechos fundamentales como responsabilidad exclusiva del Estado y sus instituciones, en este contexto el poder o los poderes estatales se encuentran limitados por el interés general y colectivo de los ciudadanos, que no son más que los derechos fundamentales, al lograr de forma plena este cumplimiento de los derechos se estaría en una democracia robusta y al tener fragilidad en el cumplimiento de estas obligaciones jurídicas estatales se estaría en el escenario de una democracia débil o cuestionada:

El Estado Constitucional implica una evidente alteración de este modelo, no tanto en lo que se refiere al valor y al significado del imperio de la ley, que ahora pasa a ser imperio de la Constitución y que en todo caso sigue siendo imperio del Derecho, sino en lo que se refiere a la articulación de la relación entre poderes, a la puesta en marcha de un sistema de frenos, de pesos y contrapesos, en el interior del sistema. La consecuencia de tomarse en serio la Constitución, como he señalado, reside en la extensión plena de tesis de acuerdo con la cual el Poder debe limitarse, como consecuencia del acatamiento de la Constitución. Y cuando hablamos de Poder a limitar, estamos, incluyendo, en primer lugar, al Poder que en el marco de una teoría democrática es canal de expresión de la soberanía popular: el Parlamento. La Constitución vincula y limita al parlamento, desde el momento en que se constata la primacía de ésta por encima de las decisiones-en forma de ley- que puede adoptar el propio parlamento, y también desde el momento en que se es plenamente consciente que el Poder legislativo no escapa necesariamente a la posibilidad de violar la Constitución. Los Estado Constitucionales, por tanto, incluyen mecanismos de limitación al poder legislativo ignorados en el siglo XIX, con la excepción del sistema norteamericano. Y esos mecanismos de limitación son concomitantes con la irrupción de un Poder del Estado: el judicial, que hasta ahora se había dedicado a dirimir conflictos jurídicos intersubjetivos como tercero imparcial. En efecto, son los jueces-a través de las diversas formas mediante las

⁷⁰ ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos constitucionales. México: Fontamara; 2005, pp. 48-51

cuales se puede ejercer el control de constitucionalidad – los que se van a encargar de fiscalizar la actuación del parlamento en relación con la Constitución”.⁷¹

Los Estados constitucionales se caracterizan por brindarles a los jueces un papel protagónico en la estructura del Estado, debido a la función especializada de interpretar la Constitución y de colocarla al servicio de los ciudadanos y al mismo tiempo de controlar los posibles abusos de las instituciones estatales y sus funcionarios, esta garantía y protección de los principios constitucionales se encuentra soportada en los derechos fundamentales que son los mismos derechos humanos positivizados al caracterizarse por la obligatoriedad que les asigna la Constitución y la supervisión realizada por los jueces constitucionales:

..., es necesario referirse en primer lugar a los derechos humanos. De éstos los separa, básicamente su carácter positivo, así los derechos humanos serían las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos, mientras los derechos fundamentales serían aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Efectivamente, en la fórmula derecho fundamental, se puede detectar una dimensión jurídica que no existe en la de derechos humanos, y que la distancia; así sólo los derechos fundamentales gozan de una efectiva protección jurídica que falta en los derechos humanos, que se ubican en una dimensión moral exclusivamente.⁷²

En la propuesta del Estado constitucional y democrático de derecho, los derechos fundamentales se encuentran plasmados en la Constitución, precisamente, su importancia en la teoría del derecho, en la interpretación constitucional, en la práctica jurídica y en la realidad social se debe a que los derechos constitucionales no son limitados a derechos fundamentales, los principios que tienen un alcance más general y global, se encuentran en el texto constitucional y son de mayor envergadura en lo teórico y lo práctico, los distintos conflictos sociales y jurídicos que se complejizan pueden resolverse desde los principios constitucionales ya que son amplios e históricos y pretenden el bienestar de los colectivos contemporáneos :

⁷¹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Filosofía del derecho y constitucionalismo. Vertientes y problemas. Cali: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III y Universidad Autónoma de Occidente. 2011, pp. 34-35

⁷² RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel. Creación Judicial y derechos Fundamentales. Lima: Ara Editores, 2012, pp. 32-34

Excepcionalmente se manifiesta la preocupación de que la interpretación de los derechos fundamentales como principios pueda llevar a una moralización del derecho constitucional. Este temor es infundado. Los principios jurídicos-fundamentales son normas jurídicas que deben llenar todos los criterios de validez propios del ordenamiento jurídico correspondiente. De otra forma no se tratarían de derecho vigente, por lo que tampoco dichos principios tendría que ser objeto de una ponderación jurídico-fundamental. Quien entiende los derechos fundamentales- en su calidad de principios-como un llamamiento a ponderar intuitivamente sus perjuicios como pretensión contenida en el derecho, malinterpreta totalmente la teoría de los derechos fundamentales como principios. En ella lo jurídicamente debido debe ser el resultado de un procedimiento metódico escrito.⁷³

El modelo de Estado constitucional y democrático de derecho logra adecuarse al contexto internacional y al intensificado fenómeno de la globalización, precisamente, por los derechos humanos que han sido aceptados por la mayoría de los Estados que son considerados de derecho, por medio de los tratados y convenios internacionales que los respaldan, estos derechos que anteriormente eran concedidos como discursos abstractos debido a que no tenían obligatoriedad tanto para los Estados como para el contexto internacional, fueron transformándose tanto en el contexto estatal como en el supraestatal, posibilitando exigencias de cumplimiento por parte de las organizaciones supranacionales, supraestatales y transnacionales de derechos humanos que regulan las actividades de los Estados en lo tocante al cumplimiento de estos derechos ante sus ciudadanos, esta obligatoriedad transforma los derechos humanos en derechos fundamentales internacionales y supranacionales:

Los derechos fundamentales internacionales son derechos que han sido consagrados en los pactos y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos. Estos derechos constituyen el intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. Desde la perspectiva de su fuerza vinculante, regularmente distingue entre varios niveles, Entre los pactos y convenciones de validez mundial deben mencionarse ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos del 19 de diciembre de 1966. Asimismo, en el continente europeo, debe citarse especialmente la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, así como la Carta

⁷³ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. En: Revista española de derecho constitucional. No. 59. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000, pp.44-45

Social Europea del 18 de octubre de 1961. Por su parte, los derechos fundamentales supranacionales corresponden a las libertades fundamentales de la Unión Europea, que en un principio fueron desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Luxemburgo. Su desarrollo tuvo su punto de partida en el ámbito económico. Aunque muy pronto se reconoció ampliamente todo un conjunto de libertades fundamentales no económicas, hasta hace muy poco tiempo no podían ser comprendidas como un catálogo de derechos fundamentales omnicomprendivos y con todos sus efectos”.⁷⁴

El paso de los derechos humanos de carácter universal que han sido reconocidos por parte de los Estados contemporáneos a derechos fundamentales en el contexto global, lleva consigo la transformación del derecho internacional público, debido a que la exigibilidad por parte de los ciudadanos y la obligatoriedad de los Estados en el cumplimiento de estos derechos en pleno proceso de globalización, lo dinamiza, consolida y fortalece, es así como los tribunales, cortes y organizaciones jurídicas internacionales pasan del discurso jurídico a las acciones configurándose un control internacional sobre el respeto y cumplimiento de los derechos que tiene en los Estados su mayor responsable, y esto se logra demostrar por medio de los catálogos de derechos fundamentales que caracterizan los actuales Estados y que están en la Constitución:

Esta panorámica quedaría incompleta si no aludiera a uno de los rasgos que más poderosamente han contribuido a caracterizar la actual etapa de positivación de los derechos humanos: me refiero al fenómeno de su internacionalización. Se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una cuestión doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional.⁷⁵

Estos derechos fundamentales, como se ha explicado con anterioridad, no están alejados de los derechos fundamentales internacionales, por el contrario, están en armonía con las pretensiones del derecho internacional, en las circunstancias contemporáneas se conciben como complementarios, sin embargo, para la teoría del derecho, los derechos fundamentales internacionales tienen un desarrollo diferente a los derechos fundamentales

⁷⁴ BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, pp. 31- 32

⁷⁵PÉREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecno; 2011, pp. 36-37

nacionales pese a que recientemente son considerados complementarios. Estos derechos fundamentales que son emanados desde lo estatal, Borowski los llama derechos fundamentales nacionales:

Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derechos positivos. A diferencia de los derechos fundamentales nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente.⁷⁶

La consolidación del modelo del Estado constitucional a través de los derechos fundamentales está relacionada con su cumplimiento. Por lo tanto, la interpretación de estos derechos es importante para lograr que las instituciones estatales responsables de reconocerlos, garantizarlos y protegerlos lo realicen plenamente, este proceso de interpretación constitucional de los derechos fundamentales lleva a configurar la supremacía de la Constitución ante los restantes productos jurídicos como la ley y las decisiones administrativas, precisamente porque los derechos fundamentales están concebidos como principios y valores que pretenden el bienestar de los ciudadanos y por lo tanto, de la sociedad en general:

Para la teoría de los derechos fundamentales, lo más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales, como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios, constituye además, el marco de una teoría normativa-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares

⁷⁶ *Ibidem*, p. 33

fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”.⁷⁷

Los derechos constitucionales o fundamentales ya no se reducen a lo individual sino que adquieren importancia los derechos colectivos que benefician a la sociedad en su conjunto, precisamente, la sumatoria de los derechos fundamentales individuales y de los colectivos configura una posibilidad constitucional de sociedades más complejas y al mismo tiempo de bienestar donde las diferencias sean sociales o individuales-son resueltas por las instituciones que hacen parte del Estado constitucional y democrático de derecho. En este contexto los jueces constitucionales y su respectiva interpretación son esenciales para la implementación plena de este modelo estatal, debido a que son los responsables de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales individuales y colectivos:

Una superación de la categoría de los derechos públicos subjetivos, de inequívoca inspiración individualista, a través de los derechos fundamentales. En ella se integran, junto a las libertades tradicionales personales, civiles y políticas, los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales ha comportado, a su vez, un cambio en: a) la fundamentación de los derechos constitucionales, que ya no se circunscriben a la defensa de derechos individuales, sino que extiende su tutela a la protección de intereses sociales y colectivos; b) la titularidad que se ampliará también a sujetos colectivos; y c) la naturaleza jurídica al dejar de ser meros derechos de defensa frente a la opresión estatal, para devenir en derechos de participación y prestaciones para cuya realización no basta la abstención del Estado, sino que se hace indispensable la movilización de los poderes públicos.⁷⁸

Como se ha mostrado, los Estados constitucionales contemporáneos tienen una obligación con sus ciudadanos que se expresa por medio de los derechos fundamentales plasmados en las Constituciones y que poseen la característica de exigirse judicialmente, estos derechos son tanto individuales como colectivos y con la pretensión constitucional de realizarse promoviendo transformaciones de beneficio para la sociedad, pero estas obligaciones no se limitan, a lo interno, el no cumplirse con las orientaciones constitucionales lleva al interprete legítimo, el juez, a realizar intervenciones y participaciones judiciales que logren este cumplimiento; en situaciones críticas donde el Estado y sus instituciones no cumplen con lo propuesto constitucionalmente, además que la interpretación constitucional judicial no es acatada determinando su

⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993, pp. 80-81

⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos. 2010, p. 258

incumplimiento, lleva a que aparezcan las organizaciones internacionales que promueven la garantía y protección de los derechos humanos y fundamentales, realizando por medio de sus respectivas investigaciones llamados para que los Estados aseguren el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

Pero no solamente el que los derechos fundamentales estén plasmados en la Constitución o los tratados y convenios internacionales promuevan la obligación por parte de los Estados posibilitan el cumplimiento de estos derechos por medio del control constitucional de los jueces o de los llamados de la comunidad internacional, los mismos ciudadanos y colectivos también son protagonistas de que las obligaciones sean realizadas por las instituciones estatales responsables, estos ciudadanos encuentran su posibilidad de exigir socialmente el cumplimiento de sus derechos porque fueron ellos, por medio de una Constituyente quienes configuraron la misma Constitución y los derechos que pretenden el bienestar. Es aquí donde los autorizados para interpretar los intereses colectivos que están en el documento constitucional son en un primer momento los jueces constitucionales, en un segundo momento las instituciones políticas y administrativas (ejecutivo y parlamento) y en un tercer momento los mismos ciudadanos; la importancia de la Constituyente y su interpretación es un debate contemporáneo de la filosofía del derecho pero también de la práctica jurídica que realizan los mismos ciudadanos con sus respectivas organizaciones,. Así lo explica el teórico Peter *Harbele*:

El Estado constitucional y democrático en la actualidad se comprende y vive a partir del poder constituyente del pueblo. Dicho poder, que está identificado en parte expresamente como tal, en los textos constitucionales, logró imponerse a lo largo de la historia constitucional. Bien sea de manera revolucionaria o bien en forma evolutiva (ante todo contra el poder del monarca) fue desarrollado por los científicos de manera no escrita por la práctica; fue objeto de conceptualización, de refinamiento, y fue convertido parcial o totalmente en texto constitucional. Cómo ningún otro antes, lo característico del tipo de Estado constitucional en asuntos relacionados con el acto constituyente resulta de un conjunto y de un paralelogramo de fuerzas, de ideas políticas, de doctrinas científicas, de textos constitucionales escritos y de prácticas no escritas. Aun cuando también en el presente son grandes las diferencias de país a país, según la respectiva historia constitucional nacional, hoy se ha expandido un núcleo de teorías y prácticas sobre el poder constituyente del pueblo que, pese a las variaciones, permite reconocer un tipo fundamental.⁷⁹

⁷⁹ HARBERLE, Peter. Constitución Como cultura. Bogotá: Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. 2002, p. 81

Desde esta perspectiva, que reconoce en la población un constituyente que originó la Constitución y que orienta la estructura del Estado, las relaciones políticas, sociales y culturales, los derechos fundamentales y la vinculación a tratados internacionales de derechos humanos por parte de las instituciones; quien debe convertirse en el legítimo intérprete de la Constitución, precisamente, es la ciudadanía como constituyente originario y son ellos los que deciden determinar lo constitucional y lo inconstitucional de los pronunciamientos legales provenientes del legislador y del ejecutivo, incluso podrán controvertir las decisiones jurisprudenciales que realizan las Altas Cortes. Ciertos teóricos estadounidenses han denominado a esta situación deliberativa del derecho constitucional y la filosofía del derecho como constitucionalismo popular:

El constitucionalismo popular hace énfasis en la manera como los ciudadano comunes y corrientes pueden participar en política. La invitación de estas teorías no solamente está dirigida a los jueces, abogados o funcionarios públicos. Es una propuesta que tiene un alcance más amplio, pues trata de involucrar a todos los miembros de una comunidad en las discusiones constitucionales para que sean ellos quienes tomen las decisiones sobre el tipo de gobierno que quieren y el alcance de sus derechos. En sus versiones fuertes, los constitucionalistas populares han propuesto la abolición del control constitucional, y en versiones más moderadas han propuesto una modificación de la manera como el juez constitucional desempeña su función, enfatizando que su principal rol debe ser promover la participación de la gente común y corriente en los asuntos de política. Sin embargo, hay un riesgo en el constitucionalismo popular; ciertas conquistas en materia de derechos fundamentales pueden ser revertidas, porque el pueblo tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución y, por ende, la posibilidad permanente de cambiar las decisiones a través de procedimientos políticos justos y transparentes.⁸⁰

Como se puede percibir, el constitucionalismo y la filosofía del derecho como especialidad de la ciencia jurídica que los acompaña han tenido transformaciones en los años recientes, estas transformaciones surgieron en el siglo XX al efectuar una ruptura con la concepción positivista que provenía del siglo XIX y que consideraba que la ley y quienes la realizaban eran la suprema autoridad en el campo jurídico y orientaban la estructura estatal, con el agravante que reproducían conductas entre los ciudadanos, que al no llevarse a cabo, determinarían sanciones para el desobediente; esta situación fue transformada al aparecer la propuesta del control constitucional por parte de los jueces que son los interpretes legítimos de la Constitución, postulado que

⁸⁰CHEMERINSKY, Erwin y Parker, Richard. Constitucionalismo Popular. Bogotá: Siglo del Hombre; 2011, pp. 59-60

encuentra su apoyo en el positivismo de nuevo cuño, que inicia con el teórico del derecho Hans Kelsen y que será retomado por la filosofía del derecho y el derecho constitucional en los años siguientes, plasmándose en teóricos reconocidos como *Hart, Dworkin, Alexy, Kennedy, Ferrajoli*, entre otros, la importancia del juez constitucional en la garantía y protección de derechos y a la vez en controlar lo que estos teóricos han llamado las instituciones estatales de la mayoría política o las instituciones políticas del Estado.

Como se puede observar en esta investigación, la teoría del Derecho Constitucional contemporánea no solamente se limitó a plantear la esencia del control constitucional judicial, sino que aparecieron los postulados de que el control constitucional fuera realizado por los jueces constitucionales en complemento con las movilizaciones ciudadanas en una versión de participación moderada o la concepción un poco radical de que ni siquiera los jueces estarían facultados para realizar este control constitucional sino directamente el constituyente originario, que serían los mismos ciudadanos, estas deliberaciones de teoría del derecho, filosofía del derecho y derecho constitucional no se encuentran divorciadas de lo que compete en este capítulo, el Estado constitucional y democrático de derecho:

2. TEORÍA DEL DERECHO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

La teoría del derecho que ha predominado desde la aparición del Estado moderno por medio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución francesa y el Código Civil donde la legalidad es central en la configuración de esta organización, ha sido el positivismo jurídico. Esta teoría del derecho que se encuentra relacionada con el formalismo jurídico y el método jurídico denominado exégesis, consideraba como central en el campo jurídico a la ley, incluso, la llegaba a percibir como el derecho en su totalidad, derecho era igual a la ley, o cuando se refería a ley un ciudadano común y corriente estaba hablando del derecho y de quienes lo comprendían, los abogados; para entender un poco más esta teoría del derecho se expondrán algunas características y conceptos que aclararán por qué este postulado teórico de un primer positivismo jurídico o positivismo jurídico tradicional o clásico, como lo han llamado ciertos filósofos del derecho, sociólogos jurídicos e historiadores del derecho, no permite el control constitucional.

Desde la teoría del derecho la concepción del positivismo jurídico del siglo XIX que daba una importancia central a la ley y su aplicación, se caracterizaba en tres dimensiones con la pretensión de diferenciarlo de la teoría del derecho se distinguía como iusnaturalismo que mantenía la disputa por predominar y dominar el campo jurídico de este momento histórico:

La identificación de la noción general del derecho con el derecho positivo preconizada por la concepción positivista, negando el carácter jurídico del derecho natural, ha dado origen al positivismo jurídico que, en opinión de Pérez Luño, puede considerarse en tres planos diferentes que no se implican necesariamente: 1) En el plano gnoseológico o metodológico se manifiesta como un modo de conocimiento del derecho tal como es, prescindiendo de cómo debería ser, contribuyendo a una concepción de la ciencia jurídica que describa, complemente y sistematice el ordenamiento jurídico positivo. Así pues, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el objeto de la misma debe limitarse estrictamente al propio de derecho tal como viene impuesto, esto es, a la norma jurídico-positiva, efectuando un análisis interno de la misma para poder deducir, a través de un proceso de investigación puramente lógico- formal, la aplicación de esta norma formulada con carácter general a un caso o situación concretos. 2) En el plano ontológico o de la teoría del derecho, tiende a definir las normas en función de su colectividad, de la posibilidad de

asegurar su cumplimiento a través del recurso a la fuerza monopolizada por el Estado, de la supremacía de la ley y como fuente del derecho y de la concepción mecánica de su interpretación y aplicación 3) Por último, en el plano deontológico o ético – político supone, en algunas de sus versiones, la defensa de la separación entre moral y derecho, así como una ideología de la justicia en virtud de la cual debe prestarse obediencia a las normas jurídico-positivas con independencia de su contenido”.⁸¹

En este contexto sociojurídico y de teoría jurídica la posibilidad de que existiera un control constitucional sobre el legislador era irrealizable y fantasmiosa, debido a que el parlamento en la estructura del Estado era considerado el soberano, pilar esencial para su consolidación y organización, porque representaba los intereses de los ciudadanos que participaban en su elección, cumpliendo el fin de realizar la ley, convirtiéndose este documento jurídico en el que posibilita un cierto orden a la sociedad desde las pretensiones ciudadanas:

En el pensamiento continental europeo la corriente liberal desarrollará el dogma de la omnipotencia del legislador que propone la subordinación de los jueces a la ley, tesis que se acopla perfectamente con la afirmación de Montesquieu según la cual la decisión del juez debe ser una fiel copia de la ley. La aparición del Estado moderno secularizado trae como consecuencia la monopolización del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente, y la racionalización del material jurídico disperso: el derecho es el establecido en la ley por el Estado y su obediencia al derecho no depende de un fundamento trascendente e intemporal, depende de su positividad, de haber sido puesto por el soberano. El Estado ejerce un monopolio legítimo de la violencia y está por encima del derecho, es soberano. El concepto de soberanía como poder absoluto implica que el Estado está por encima del derecho y lo convierte en un ente único y autónomo que no tiene límite en el ejercicio de su poder y que carece de instancias superiores que lo legitimen”.⁸²

Este postulado que se encuentra enmarcado dentro de la teoría del derecho positivista que se considera tradicional o clásico que era predominante para la época de inicio del Estado moderno fue paulatinamente cuestionado por los teóricos y filósofos del derecho que soportaban la ciencia jurídica de inicios del siglo XX, este fenómeno académico anti-formalista y anti-positivista posibilitó la entrada de otras teorías del derecho más amplias y flexibles que lo propuesto y defendido por los positivistas jurídicos, considerados tradicionales o clásicos:

⁸¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teoría del derecho. Una Concepción de la experiencia Jurídica. Madrid: Tecnos. 2005, p. 80

⁸² CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. Temas y problemas de la Filosofía del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley; 2008, p. 23 -24

“Es significativo reseñar que uno de los primeros juristas en mostrar su sensibilidad hacia el fin del derecho fue quien, precisamente, en su primera etapa había sido el principal defensor de la metodología formalista dogmática y conceptualista en el derecho: Rudolf Von Ihering. Bajo su impulso surge la denominada jurisprudencia de intereses, cuyo leitmotiv es que el fin es el creador del derecho y que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a algún fin, es decir, a algún motivo práctico. Esta orientación fue desarrollada, ya en el siglo XX, por el movimiento del derecho libre, propugnador de la libertad del jurista, en especial el juez, para integrar, e incluso corregir, el derecho positivo a partir de los valores y principios morales y políticos vigentes en la sociedad. Si hubiera que sintetizar cuanto implicaron esta tesis en la experiencia jurídica de las primeras décadas del siglo XX, cabría tomar como punto de referencia el título de la obra del sociólogo de la cultura americana *Morton White, The Revolt Against Formalism*. La rebelión contra el formalismo halló, en efecto, su puntual reflejo en la interpretación y aplicación del derecho auspiciada por las teorías de *Kantorowicz* y *Geny*, así como en los numerosos juristas que siguieron sus directrices metódicas. La desformalización fue una de las exigencias reclamadas a una hermenéutica jurídica por quienes abogan por una mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos sociales”.⁸³

Pero no solamente la propuesta de *Ihering* de la jurisprudencia de intereses salió como respuesta al formalismo y positivismo jurídico imperante en los inicios del Estado moderno, fueron varias las teorías del derecho y los movimientos jurídicos que se fueron configurando como alternativas a este predominio, teórico-práctico, estas propuestas y postulados del derecho moderno iniciaran desde el siglo XIX y se consolidarán en la época de la posguerra en el siglo XX:

..., la rebelión antiformalista surgida a finales del siglo XX con la aparición de las doctrinas sociológico- jurídicas (como el movimiento del Derecho libre–*Freirechtsbewegung*-, la jurisprudencia de interés, la doctrina institucional, la concepción marxista del derecho o el realismo jurídico-escandinavo y norteamericano-. Todas ellas, doctrinas que, en general, se hacen eco de los profundos cambios y conflictos socio-económicos que afectaban a los europeos de aquel tiempo, a la vez que ponen de relieve la insuficiencia de la respuesta dada a este momento de crisis del Derecho por parte de los juristas formalistas (víctimas de su propia visión reduccionista

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Trayectorias Contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*. Madrid: Tebar; 2007, p. 24

y abstracta del sistema normativo y, por consiguiente, completamente aislados e inhabilitados para afrontar con eficacia los problemas de la vida práctica). Otro período (intermedio) de auge en las filas del antiformalismo es el producido por la revuelta contra el positivismo jurídico, protagonizada tras la Segunda Guerra Mundial por una nueva generación de iusnaturalistas (como *Gustav Radbruch* o *Guido Fasso*). Finalmente, en el último tercio del siglo XX, se produjo otro período de esplendor antiformalista propiciado por las teorías críticas del Derecho. Dichas teorías están representadas fundamentalmente por estos dos movimientos: en primer lugar, el del uso alternativo del Derecho, concebido como opción política cuya interpretación y aplicación alternativas (respectivamente) a las del Derecho burgués se ponen al servicio de los intereses de la clase trabajadora, y, en segundo lugar, por los *Critical Legal Studies*.⁸⁴

Precisamente, una de las teorías del derecho que será transformada y adecuada para impulsar transformaciones en el Estado y por supuesto en el derecho, es el mismo positivismo jurídico, esa renovada teoría es considerada como neo-positivismo jurídico, ya que realiza una ruptura con los postulados de que el legislador era el soberano y el responsable de la estructura del ordenamiento jurídico. Los nuevos positivistas estiman, lo contrario, que el legislador es la estructura del poder estatal que más se debe limitar, pasando a un segundo plano el postulado de que la creación del derecho por medio de la ley estaba en quien la realizaba, o sea el legislador y posibilitando que los jueces realicen aportes importantes a esta creación del derecho. Entre los teóricos destacados del neopositivismo se encuentra el profesor *Kelsen*:

Kelsen se halla influenciado por el positivismo o positivismo lógico, corriente que surge en las postrimerías del siglo XX y que sostiene que sólo tiene sentido el enunciado que puede ser verificado, [...] el campo de análisis de este nuevo positivismo es el conjunto de proposiciones a través de las cuales se expresa el conocimiento científico y la validez de los mismos. El problema de este nuevo empirismo no es lo que se puede conocer (el contexto del descubrimiento), sino lo que se puede decir (el contexto de justificación).⁸⁵

Desde la perspectiva del neo-positivismo jurídico kelseniano se propone teóricamente una especie de control constitucional por parte de los tribunales

⁸⁴ LLANO ALONSO, Fernando. El formalismo Jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch; 2009, pp. 119 - 120

⁸⁵ CARRILLO DELROSA, Yezid. "Temas y Problemas de la Filosofía..." Op. Cit., pp. 75-76

hacia los productores de leyes que tradicionalmente ha sido el legislador y recientemente incluye al ejecutivo, este control que se le permite a los tribunales está legitimado por la interpretación especializada que realizan los tribunales de la Constitución, con la pretensión de salvaguardar los intereses generales y de los ciudadanos:

El examen y la anulación de una ley, en virtud de su inconstitucionalidad, pueden tener lugar de acuerdo con varios métodos. Hay dos tipos importantes de procedimientos para el examen y la abolición de la ley inconstitucional. El órgano que tiene que aplicar la ley en un caso concreto, puede hallarse autorizado para examinar su inconstitucionalidad y negarse a aplicarla en el propio caso, si descubre que no concuerda con la constitución. Cuando el poder de examinar la inconstitucionalidad de las leyes, se concede a los tribunales hablando de una revisión judicial de la legislación. El examen de la ley puede ser emprendido por el órgano competente, especialmente el tribunal, es oficio, bien a petición de parte en el juicio, en que la ley ha de ser aplicada. Al rehusar aplicarla en el caso concreto, el órgano la invalida, no de una manera general, es decir, no para todos los casos posibles a los que el precepto ha de ser aplicado de acuerdo con su contenido, sino solo individualmente, esto es, para el caso que se estudia. La ley, como tal, permanece válida y sigue siendo aplicable a otros casos concretos, a menos que vuelva a ser declarada inconstitucional y abolida en relación con otros casos concretos".⁸⁶

El postulado de Kelsen planteaba una forma particular de control constitucional sobre los restantes poderes del Estado moderno, este control debería realizarse por una organización o ente especializado de jueces constitucionales que tuvieran la potestad y legitimidad de interpretar la Constitución y evitar los desafueros de las restantes estructuras del Estado sobre la Constitución también llamada norma fundamental. Este Tribunal o Corte especializada sería el que resguardaría la Constitución como documento fundante del Estado y del derecho, este postulado sería conocido como control constitucional concentrado:

[...] como es bien conocido, KELSEN fue el arquitecto del modelo concentrado (centralizado) del control de constitucionalidad, que consiste en la creación de un tribunal especializado, una corte constitucional, como único órgano competente para velar por la constitucionalidad de las leyes. Esta institución fue inaugurada en la Constitución austriaca de 1920, que estuvo a su vez inspirada en la propuesta kelseniana; KELSEN, además, fungió como magistrado de dicha Corte entre los años 1921, y 1930. Antes de

⁸⁶ Hans, Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1995, p. 317

la Segunda Guerra Mundial, además de la Constitución de la nueva República de *Checoslovaquia* y *Lichtenstein*- influenciada por la austríaca-, solo la de la república española de 1931 estableció una Corte constitucional centralizada. Después de la Segunda Guerra Mundial, la institución se multiplicaría en Europa: primero en Italia (1947), después en Alemania (1949) y Francia (1958), y años más tarde llegaría a las nuevas democracias de España (1978) y Portugal (1982) e incluso a las viejas democracias de Bélgica (1980) y Luxemburgo (1996). Desde la caída del comunismo, la gran mayoría de los entonces estados comunistas ha adoptado este modelo. El diseño *Kelseniano* es, pues, un ejemplo afortunado de un éxito institucional exitoso.⁸⁷

Como se observa el postulado de control constitucional concentrado de Kelsen fue retomado por varios de los Estados europeos tanto en los inicios del siglo XX como en los años de la posguerra, posibilitando el impulso del neopositivismo jurídico como teoría del derecho predominante ya que determinó reconocer la importancia legítima del juez constitucional como interprete y protector de la Constitución en su calidad de supremo documento jurídico de los Estados contemporáneos.

Precisamente, retomando algunos conceptos de Kelsen sea para consolidarlos o para cuestionarlos y abolirlos, el profesor de filosofía del derecho de Oxford *Hebert Hart* considerado un positivista suave y que está dentro de la teoría del derecho neopositivista, propone la regla de reconocimiento para revisar el sistema jurídico y determinar cuáles están en contravía de la supremacía constitucional, esta función le corresponde al juez constitucional:

En el ahora famoso post scriptum al Concepto del derecho, H. L. A.HART acepta la tesis de la incorporación, según la cual es posible que un sistema jurídico tenga una regla de reconocimiento que incorpora criterios morales de validez. En tales sistemas jurídicos, una norma debe satisfacer ciertas condiciones morales, pero no como una condición necesaria o suficiente para que sea legalmente válida. Según la tesis de la incorporación, entonces, los criterios de validez no deben consistir exclusivamente en estándares que determine la validez en términos de la fuente de una norma o el pedigrí [...] Desde la perspectiva hartiana, la función esencial del derecho es guiar la conducta.⁸⁸

⁸⁷ MORENO, José Juan. La Justicia del control constitucional en Kelsen. En: Ecos de Kelsen: Vida, Obra y Controversias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2012, pp. 357 - 358

⁸⁸ Einar Himma, Kenneth. Derecho y Moral: El Debate entre el positivismo incluyente y el excluyente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2011, pp. 317,-319

Para Hart, la regla del reconocimiento adquiere cierta importancia ya que es la última y definitiva que revisa el sistema u ordenamiento jurídico en su totalidad, para determinar las inconsistencias y contradicciones con la pretensión de que el ordenamiento esté en armonía entre sí, además porque en esta regla convergen tanto lo jurídico como lo social, por eso su importancia a la hora de resolver los inconvenientes jurídicos, esta regla ha sido representada por medio de la Constitución y el respectivo control constitucional de las leyes que realizan las distintas estructuras estatales:

Al suministrar el criterio supremo de validez, la regla de reconocimiento es una regla última, lo que significa que en ella termina la cadena de validez del sistema. De la regla de reconocimiento, como se verá enseguida, no se puede predicar su validez-porque no hay ninguna regla por encima de ella que sea su fuente de validez-, sino su existencia fáctica [...] La regla de reconocimiento de Hart, en consecuencia, tiene un carácter jurídico-social: de un lado, es fuente de validez del criterio supremo y, por tanto es la regla última del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema.⁸⁹

Los jueces son esenciales en la estructura del Estado contemporáneo, por su función legítima de revisar el cumplimiento de la Constitución por parte de las instituciones públicas responsables, esta revisión o control constitucional por parte de los jueces constitucionales conduce a que su participación en la creación del derecho sea, esencial, postulado que comparte el profesor *Hart*, ya que los jueces asisten a resolver casos difíciles que no han sido regulados por la ley o distintos documentos jurídicos, llevando a que los jueces decidan de acuerdo con su concepción jurídica y discrecional, esta creación del derecho dinamiza el campo jurídico y proyecta un derecho más acorde con la realidad:

“Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos particularmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no solo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que limitan sus opciones de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces intersticiales y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas. No obstante, habrá puntos en los cuales el Derecho establecido no determina una decisión como correcta, y para decidir aquellos casos en los que tal cosa sucede, el juez debe ejercer la facultad de crear el Derecho. Sin

⁸⁹ Rodríguez, Cesar. Teoría del derecho y decisión judicial. En: La decisión judicial. El Debate Hart - Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre; 2005, pp. 27-28

embargo, no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría, es decir, según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho y que pueden diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles”.⁹⁰

Según el profesor *Hart*, los jueces crean derecho desde su discrecionalidad, convirtiéndose en el soporte central del campo jurídico ya que orientan el devenir sociojurídico de una determinada sociedad y elaboran guías de conducta, mientras las otras estructuras del Estado no tienen la capacidad de crear derecho y de orientar los comportamientos sociales; en esta situación la revisión judicial y el control constitucional por parte de los jueces hacia las otras instituciones públicas son algunas de las acciones que determinan la importancia de los jueces contemporáneos en la consolidación del modelo de Estado como el social de derecho o el Estado constitucional y democrático de derecho, esta reflexión desde el profesor *Hart* como el mismo positivismo jurídico de nuevo cuño o neopositivismo jurídico se ha adecuado a los desafíos actuales que exigen un control más eficaz por parte de los jueces constitucionales hacia las instituciones públicas:

[...] es el propio positivismo jurídico el que impone a los juristas y a los jueces, a partir del reconocimiento de las leyes de los principios estipulados en las constituciones como normas de derecho positivo de grado superior, la formulación de juicios jurídicos acerca de la validez sustancial de las leyes (con los inevitables y siempre opinables juicios de valor implícitos) y, por tanto, la crítica del derecho que ellos consideren inválidos por contradecir las normas constitucionales.⁹¹

2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Por su parte, el profesor Ronald Dworkin que debatió con el profesor Hart sobre la teoría del derecho y la práctica jurídica, teniendo coincidencias en la importancia del juez como creador y orientador del derecho, en lo relativo al control del Estado, considera esencial que los jueces controlen las distintas instituciones estatales, entre ellas el ejecutivo y el legislativo, para consolidar la democracia por medio de la protección de los derechos que benefician a los ciudadanos:

⁹⁰ HART, *Hebert. Postscriptum*. En: La decisión judicial. El debate *Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre; 2005, pp. 136 - 137

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. “*Garantismo*”. *Op. Cit.*, p. 26

El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente “vagas” con el ánimo que he escrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencioné. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente.⁹²

Al plantear la necesidad de controlar constitucionalmente las instituciones que se soportan en las mayorías políticas, *Dworkin* propone su limitación por medio de la tolerancia liberal, en concordancia con su postulado teórico del comunitarismo, concepción que considera a las mayorías políticas como contrarias a la misma democracia ya que la estarían afectando negativamente y por consiguiente a la comunidad en su conjunto:

Si insistimos en que el valor de los recursos de las personas debe fijarse a partir de la interacción de elecciones individuales, y no según las decisiones colectivas de una mayoría, entonces ya habremos decidido que la mayoría no tiene derecho a decidir sobre qué tipo de vida deben llevar todos los miembros de la comunidad. En otras palabras, una vez aceptamos que los entornos económico y ético están unidos, tenemos que aceptar la tolerancia liberal en materia ética, ya que cualquier punto de vista contrario niega la unidad.⁹³

Estos postulados teóricos neo-positivistas jurídicos en el caso del profesor *Hart* y de argumentación jurídica desde la teoría del derecho y comunitarista desde la teoría política del profesor *Dworkin*, impulsan el papel del juez en el control constitucional de las estructuras políticas de los Estados contemporáneos. Precisamente, en las últimas décadas la teoría, la filosofía del derecho y el derecho constitucional han configurado un movimiento con repercusiones teóricas y prácticas en la constitucionalización del derecho, este movimiento se conoce como neo-constitucionalismo, incluso *Dworkin* ha sido considerado neo-constitucionalista, entendiendo el neoconstitucionalismo como:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes

⁹² DWORKIN, Ronald. “Los derechos...” *Op. Cit.*, p. 217

⁹³ DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre; 2004, p. 144

públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.⁹⁴

Entre los teóricos del derecho sobresaliente, considerado un neoconstitucionalista por su aporte del garantismo se encuentra *Luigi Ferrajoli*, para quien la garantía de los derechos fundamentales hacia los ciudadanos por parte de las instituciones estatales es central en los Estados contemporáneos ya que la democracia sustancial se soporta en la garantía de derechos, entre un Estado sea más garantista con sus ciudadanos es un Estado que encuentra consolidada su democracia, mientras un Estado no garantice los derechos fundamentales a sus ciudadanos se estaría en una democracia frágil, precisamente, su aporte teórico del garantismo propone una relación más estrecha entre ciudadanos y Estado:

Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o *antigarantistas tout court*, de grado de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistemas constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas – es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho legítimo.⁹⁵

Para que sean cumplidas las garantías que propone el profesor *Ferrajoli* y que se encuentran en la Constitución; las leyes que producen el Legislativo, el Ejecutivo y otras instituciones descentralizadas responsables de producir documentos jurídicos regulativos que en ocasiones tienen la pretensión de ley, hace necesario el control legítimo que realizan los jueces constitucionales para que estas determinaciones jurídicas no estén en contravía de la Constitución y de los derechos fundamentales

⁹⁴ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010, pp. 161-162

⁹⁵Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 2009, p. 852

nacionales y supranacionales, es decir el control constitucional se encuentra soportado en la legitimidad que promueve la misma Constitución:

Por eso designa no simplemente un estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado; a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público-legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstracta, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa, en su Constitución, de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.⁹⁶

Los neoconstitucionalistas consideran que la garantía y protección de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el control constitucional deben realizarse en un modelo específico de Estado, este modelo es el Estado constitucional y democrático de derecho, por lo cual la relación entre neoconstitucionalismo y Estado constitucional es complementaria y dependiente, ya que la existencia del modelo estatal valida esta reciente concepción de la teoría del derecho y del constitucionalismo contemporáneo:

Ahora bien: puede parecer claro que en el Estado constitucional (garantizado) la ley se encuentre jerárquicamente subordinada a la Constitución, pero menos claro resulta establecer a qué está subordinada la voluntad política del legislador. El discurso neoconstitucionalista afirma que, dado que el derecho del Estado constitucional está caracterizado por la supremacía de la Constitución, la voluntad política debe estar subordinada al contenido de las normas Constitucionales [...] Bajo esta perspectiva doctrinal, la Constitución está dirigida a construir la convivencia civil y política de los ciudadanos. Si el derecho es concebido de esta forma, se hacen necesarios instrumentos conceptuales diferentes de los tradicionales; instrumentos, según el neoconstitucionalismo, más dúctiles y flexibles que los instrumentos positivistas: es la misma

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 856-857

complejidad del derecho constitucionalizado que lo solicita. Tal reconstrucción hace necesaria la elección doctrinal neoconstitucionalista y, en estos términos, aquello que corresponde a una concepción peculiar de la Constitución se presenta como un mero modelo institucional. Sin embargo, para filósofos y teóricos del derecho, la adopción de una concepción preceptiva de la Constitución no es una necesidad, sino una elección: es la forma como se concibe el papel y la función de la Constitución lo que determina la reconstrucción neoconstitucionalista del Estado constitucional⁹⁷

Precisamente, el profesor Robert Alexy que es considerado un neoconstitucionalista por los aportes recientes al derecho constitucional como la protección de los derechos fundamentales, la proporcionalidad y la ponderación para resolver los casos donde colisionan derechos y principios y su postulado de consolidar el Estado constitucional y democrático de derecho configura su teoría de la argumentación jurídica que realiza ruptura con los distintos postulados del positivismo jurídico:

[...] los derechos fundamentales, entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo en ordenamiento jurídico. De este modo, generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y de procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan- como los clásicos derechos de libertad- a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto. Como tales, en definitiva, ya lo contendrían todo. Sólo sería necesario concentrarlos por medio de la ponderación.⁹⁸

Al plantearse por parte del profesor Alexy que los derechos fundamentales son al mismo tiempo principios y que están en ciertas circunstancias vinculados en la Constitución, se convierten en mandatos que deben garantizarse y protegerse en la mayor medida posible por parte de las instituciones estatales; cuando estos derechos o principios colisionan en un caso concreto estas instituciones deben ir a la ponderación y proteger el derecho más afectado negativamente y afectar en lo mínimo posible el principio que se colisiona:

⁹⁷ POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010, pp. 210 - 211

⁹⁸ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; 2004, p. 18

En el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandato de optimización, son principios las normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas.⁹⁹

Alexy no solamente se limita a explicar su teoría de la argumentación jurídica soportada en la colisión de principios y derechos para los casos concretos y donde el juez debe resolverlo racionalmente, sino que su teoría se convierte en indispensable para el control constitucional que se ejerce sobre el legislador, debido a que la legitimidad de la interpretación de la Constitución está en el juez constitucional y la función del legislador es realizar leyes que en concordancia con los derechos constitucionales:

[...] la fundamentación de los márgenes de acción epistémicos que se logra mediante los principios formales parece llevar inevitablemente a una divergencia entre las normas de acción, es decir, normas que dicen lo que está prohibido y ordenado al Legislador y lo que se ha confiado a su discrecionalidad, y las normas de control, o sea, las normas con base en las cuales el Tribunal Constitucional controla al Legislador. En esta divergencia se asienta la crítica más importante contra los principios formales. Dicha crítica señala que los márgenes de acción epistémicos que resultan de los principios formales son importantes contra la vinculación – incluso- del Legislador a los derechos fundamentales.¹⁰⁰

La propuesta teórica de *Alexy* ha sido recogida por distintos tribunales o cortes constitucionales alrededor del mundo, entre ellas, la corte constitucional colombiana, donde la garantía y protección de los derechos fundamentales hacia los ciudadanos por parte de las instituciones estatales es indispensable en la implementación de un modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. Pese a lo plausible de estos postulados de la teoría de la argumentación jurídica, la crítica a la teoría del derecho que posibilita el reconocimiento de los derechos se ha venido presentando en términos académicos y desde la misma teoría del derecho:

⁹⁹ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010, pp. 210 - 211 p. 17

¹⁰⁰ *Ibidem.* , p. 104

Esta paradoja entre el idioma universal y el efecto local de los derechos trasciende tanto a los niveles temporales como a los especiales: si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emanciparía en un momento de la historia, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías. Tal paradoja está parcialmente capturada en la insistencia nietzscheana de que las instituciones liberales dejan de serlo una vez se consiguen. Se expresa también en la ironía de que los derechos perseguidos por un grupo definido políticamente se conceden a individuos despolitizados; en el momento en que un nosotros particular es exitoso en su lucha por los derechos, pierde su carácter de nosotros y se disuelve en individuos. En el nivel espacial o social: los derechos que dan poder a quienes están en lugar social o estrato determinado pueden quitárselos a quienes están en otro.¹⁰¹

2.3. TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Estas críticas sobre los derechos que se han construido desde el movimiento de los estudios críticos legales (Critical legal studies) de los Estados Unidos consideran que no han logrado las pretensiones para lo que fueron creados, incluso desde el contexto latinoamericano en lo relativo al discurso de los derechos que ha tenido presencia e influencia en los tribunales y jueces constitucionales, en la estructura jurídica en pleno y la ciudadanía en general el incumplimiento ha sido mayor que en otros contextos sociojurídico como el norteamericano o el europeo:

Durante mucho tiempo, pareció asumirse que las principales injusticias y desigualdades sociales podrían resolverse a través del establecimiento de un sistema constitucional adecuado. Un buen sistema constitucional iba a hacer posible que aquellos que tuvieran quejas o demandas justificadas pudieran resolver sus dificultades a través de la discusión y la negociación con los demás miembros de la sociedad. [...] Sin embargo, el paso de los años comenzó a mostrar que el paraíso constitucional prometido no se alcanzaba. Para algunos, los derechos constitucionales parecían ser una mera ficción; para otros, el parlamento no terminaba de representarlos de un modo adecuado; para otros más, el poder judicial sólo servía al interés de unos pocos. Cada uno de estos reclamos encerraba algo de razón. Y es que el mundo constitucional creado se basaba en supuestos, muchas veces, poco razonables: las sociedades sobre las cuales se imponía la Constitución solían ser más complejas de lo que los

¹⁰¹ BROWN, Wendy. Lo que se pierde con los derechos. En: La crítica de los derechos. Bogotá: Siglo del Hombre; 2003, pp. 83-84

convencionales constituyentes pensaban; los derechos que se proclamaban eran menos claros -y a veces, menos obvios- de lo que parecían; los jueces y legisladores tendían a carecer de algunas de las virtudes o motivaciones que se esperaba que tuvieran.¹⁰²

La teoría crítica del derecho desmitifica y desvanece los postulados neoconstitucionales del Estado constitucional y democrático de derecho, donde los jueces constitucionales son esenciales en la interpretación y protección de la Constitución e impulsan el control constitucional de la estructura política del Estado que se encuentra en el ejecutivo y el parlamento; para esta teoría los jueces hacen parte de la estructura estatal y las posibilidades de crear derecho ajustado a las realidades sociales en que están insertos generaría una ruptura con la jerarquía jurídica, por lo cual se hallan limitados para tomar decisiones autónomas y que promuevan transformaciones sociales:

[...] la crítica de los CLS (Critical legal studies) contra el pensamiento dogmático, y específicamente, contra su pretensión de crear un sistema de normas aplicables de manera neutral por los jueces, está menos fundada en un problema de lenguaje, como lo creían los realistas, esto es, en la imposibilidad de fijar el sentido de las normas jurídicas, que en un problema político. Ese problema consta de dos premisas: primero, la interpretación jurídica está siempre -incluso en los llamados casos fáciles- marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica; segundo, ante estas dicotomías valorativas opuestas, los jueces eligen aquellos valores compatibles con el statu quo. Por eso, los CLS se apartan de los realistas en cuanto a la posibilidad, planteada por estos últimos, de construir la neutralidad del derecho por medio de políticas públicas o del equilibrio entre principios opuestos.¹⁰³

Estas críticas a las distintas propuestas teóricas de los derechos como el neo-positivismo jurídico, la argumentación jurídica, el realismo jurídico, el neoconstitucionalismo, entre otras, han impulsado propuestas que referencian el postulado de los derechos como un escalón que se debe superar en el proceso de transformación jurídica contemporáneo, por eso referencian que el juez constitucional exclusivamente no debe interpretar y proteger la Constitución, esta función también corresponde a las sociedades y los colectivos humanos, postulado soportado en la idea de que el constituyente originario es el que debe proteger y garantizar las pretensiones que surjan de la misma Constitución:

¹⁰² GARGARELLA, Roberto. Derechos y grupos desaventajados. Barcelona: Gedisa; 1999, pp. 11-12

¹⁰³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Sociología y crítica Jurídica en Estados Unidos: Crítica Jurídica Comparada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; 201 p. 40

Mi propuesta revisionista, por contra, sitúa al pueblo, no al tribunal, en el centro del desarrollo constitucional. Insiste en que los norteamericanos comunes y corrientes, guiados por figuras como Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr. han hecho contribuciones constitucionales tan grandes como las generaciones lideradas por George Washington y Abraham Lincoln. Y que al Tribunal Supremo le corresponde reconocer esto cuando interpreta la Constitución vigente. Cuando trabaje con el canon expandido, la tarea del Tribunal Supremo no será ni defender el concepto original de los textos constitucionales heredados de los constituyentes originarios y la Reconstrucción, ni divagar sobre las complejidades de la objeción contramayoritaria generada por el carácter elitista del constitucionalismo del *common law*. Su tarea es reflexionar sobre todos los principios afirmados por el pueblo norteamericano y usarlo como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día. Cuando el tribunal aboga una legislación en nombre de las generaciones pasadas de nosotros, el pueblo, ciertamente obliga a los políticos del presente a pensar dos veces antes de empujar en una dirección que amenace los compromisos fundacionales.¹⁰⁴

Esta propuesta de promover una intervención más directa de la sociedad en su conjunto para los asuntos constitucionales ha configurado un movimiento del derecho surgido en los Estados Unidos, a este movimiento jurídico se le ha denominado, constitucionalismo popular, entre sus pretensiones está limitar las decisiones de los jueces constitucionales para que sean la sociedad y los colectivos mismos los que realicen el control constitucional sobre las estructuras políticas del Estado, e incluso pretenden un control de los mismos jueces:

El constitucionalismo popular agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos encontramos a los coautores de este libro JACK BALKIN y SANFORD LIVINSON, así como otros autores como LARRY KRAMER, AKHIL AMAR, RICHARD PARKER Y MARK TUSHNET, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial. Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia). [...] en la visión de otros autores cercanos al constitucionalismo popular, como MARK TUSHNET O JEREMY WALDRON, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanza a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para WALDRON, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada por el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las

¹⁰⁴ ACKERMAN, Bruce. La Constitución viviente. Madrid: Marcial Pons; 2011, pp. 104-105

cuestiones más importantes que dividen a la sociedad debe ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos por fondos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible: Para TUSHENET, el principal objetivo de un populismo constitucional como el que defiende es el de quitar la Constitución de las manos de los tribunales”.¹⁰⁵

La concepción y corriente del constitucionalismo popular pretende recuperar las apreciaciones ciudadanas sobre el derecho, ya que los directos afectados por las decisiones legislativas o judiciales en la cotidianidad son los ciudadanos, por ello los movimientos sociales, las protestas o el inconformismo por cierta medida gubernamental en el campo jurídico deben referenciarse y estudiarse con la pretensión de evitar tensiones con la ciudadanía, por el contrario, son los ciudadanos inconformes los que realizarían un control desde la perspectiva constitucional sobre las acciones jurídicas que ellos consideran equivocadas por parte de ciertas instituciones estatales, es así como los movimientos sociales y los ciudadanos adquieren un protagonismo mayor en el derecho constitucional, debido a que son ellos los responsables de proteger los intereses generales y constitucionales:

Las preocupaciones prácticas de los populistas encuentran expresión, además, en otros dos puntos de interés. Por un lado, sus trabajos muestran la diferencia (sino la actitud hostil) que suelen mantener los tribunales (y la comunidad académica, en general) respecto del modo en que la propia ciudadanía, en los hechos, genera sentido jurídico. Por otro lado, ellos se interesan en mostrar, justamente, la forma en que la sociedad influye en, reconstruye y a veces directamente socava el valor de las decisiones judiciales [...]. Contra dicha visión, COVER, sostenía que las historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho. El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarios. Debemos dejar de circunscribir al nomos, debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos- concluía Cover.¹⁰⁶

Pero no solamente el constitucionalismo popular que se propone desde los Estados Unidos transforma el control constitucional que pasaría a la ciudadanía y los movimientos sociales directamente, también, se han configurado paulatinamente concepciones que proponen una

¹⁰⁵GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las Leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010, pp. 534 y 537

¹⁰⁶ *Ibidem.*, pp. 541 - 542

construcción del derecho, la práctica y la estructura estatal desde el Sur para lograr una mayor armonía y cercanía con las complejas realidades, por ejemplo del contexto latinoamericano:

[...] hay una nueva política de legalidad e ilegalidad. Las nuevas resistencias son muy pragmáticas, utilizan la legalidad que está a su disposición, pero también medios ilegales. Hay una forma de utilizar la ilegalidad que puede ser totalmente pacífica, pero no está en el marco del derecho oficial [...] las resistencias apuntan a lo que podríamos llamar desmercantilización de la vida, es decir, las cooperativas, las organizaciones económicas populares, las nuevas formas de servicios de organizaciones comunitarias que están produciendo valores de uso y no valores de trueque. Me parece que ésta es una característica importante [...] hay una relación nueva entre seres humanos y naturaleza, y aquí el campo para establecer alianzas es enorme: ecologistas con campesinos y con indígenas, precisamente porque todos comparten la aspiración de una nueva relación entre los humanos y la naturaleza. Estas alianzas se van a dar también en el dominio de los transgénicos, donde ecologistas y campesinos se unan [...] es muy importante anotar que esta lucha es por la igualdad pero también por el reconocimiento de la diferencia. Por último los nuevos objetivos combinan de una manera muy interesante y novedosa lo utópico con lo que es eficaz por ahora. Yo pienso que hoy estamos en un proceso en que se están creando nuevos derechos fundamentales; el derecho al agua, el derecho a la tierra, el derecho a la energía, el derecho a la biodiversidad y el derecho a los recursos naturales. Nada puede ser más fundamental porque la supervivencia de la gente está basada en eso, y me parece que ésa es una característica.¹⁰⁷

Desde esta perspectiva, se estaría configurando una especie de constitucionalismo proveniente del Sur, especialmente de América Latina, este constitucionalismo que ha sido denominado por el profesor Boaventura como constitucionalismo transformador tiene sus impulsos en los movimientos sociales críticos y alternativos, que conciben la interpretación constitucional y el control desde la Constitución desde las mismas organizaciones sociales y culturales, donde lo prioritario no es el individualismo que ha caracterizado el modelo liberal sino los procesos y transformaciones colectivos:

“Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el subcontinente se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo poético más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad),

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensar el Estado y la sociedad: Desafíos actuales. Buenos Aires: CLACSO; 2009, pp. 24 - 25

una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivos (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades) . Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Santos, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Bogotá: Siglo del Hombre; 2011, p. 85

3. CONCLUSIONES

La reciente filosofía del Derecho se adecua de forma sutil pero determinante como la especialidad de la ciencia jurídica que reflexiona y delibera sobre temáticas complejas y al mismo tiempo prácticas, afectando áreas del derecho centrales como el derecho constitucional; precisamente esta área se ha convertido en el eje del derecho contemporáneo, lo que filósofos del derecho y destacados juristas han denominado como la constitucionalización del derecho, debido a que el derecho constitucional impacta otras áreas del derecho y el mismo campo jurídico en general.

Esta constitucionalización del derecho que tiene en parte soportes en la filosofía del derecho ha posibilitado innovadores discursos constitucionales que cada día afectan de forma benéfica a los ciudadanos locales, nacionales y globales, entre estos discursos sobresale la garantía y protección de los derechos fundamentales, sean nacionales o supranacionales, haciéndose determinantes en los diferentes modelos de Estado que fueron implementándose en el transcurrir del siglo XX y lo que va del XXI, precisamente para que se consolidaran estos modelos estatales el control constitucional fue esencial y fue la filosofía del derecho, la teoría jurídica y el derecho constitucional la que promovió esta posibilidad, al transformar la división de poderes, plasmando la importancia del juez constitucional en la garantía y protección de los derechos fundamentales. Para tal pretensión, en repetidas ocasiones los jueces han tenido que orientar y determinar la producción legal del parlamento y el ejecutivo, estas acciones jurídicas lleva a que el juez no solamente cree el derecho sino que también sea el controlador por excelencia de los poderes políticos al interior de los Estados contemporáneos.

Con esta investigación se demostró, desde la filosofía y la teoría del derecho, en complemento con el derecho constitucional, precisamente que el control constitucional no solamente es una práctica jurídica específica sino que tiene implicaciones en la consolidación de modelos particulares de Estado, como el Estado constitucional y democrático de derecho con amplia difusión en Europa y los Estados del Norte global. Sin embargo, también se demostró que en contextos como el colombiano esta figura ha sido esencial para garantizar y proteger los derechos de sus ciudadanos, desafortunadamente con resultados desfavorables debido a que es un contexto donde las necesidades básicas no son resueltas para la mayoría pese a las repetidas intervenciones de los jueces constitucionales.

Ante esta situación, surgen propuestas de control constitucional que superan las decisiones de los jueces constitucionales y sean más efectivas para contextos desiguales como los de América Latina en general y el colombiano

en particular, estas propuestas que también tienen soporte en la filosofía y la teoría del derecho están enmarcadas por la crítica del derecho, que proponen formas de control constitucional basadas en la ciudadanía, con la pretensión de que los resultados de garantía de derechos sean más eficaces y beneficien a los ciudadanos directamente. Estas propuestas innovadoras serán deliberadas y discutidas por el constitucionalismo contemporáneo y por supuesto por la filosofía y la teoría del derecho. Lo más interesante es que el contexto donde serán desarrolladas en la práctica es América Latina, sin desvirtuar lo que ocurra en el Norte global por los acontecimientos que se desprenden de la crisis socioeconómica internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce. La Constitución viviente. Madrid: Marcial Pons; 2011.

AGUILÓ, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Bogotá: Temis, 2004.

AFTALIÓN, Enrique. VILLANOVA, José y RAFFO, Julio. Introducción al Derecho. Buenos Aires: LexisNexis; 2004.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

ALEXY, Robert. El Concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa; 1994.

ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos constitucionales. México: Fontamara; 2005.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010.

ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y Estado constitucional. En: Derecho, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. y LEGIS; 2005.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Poder, ordenamiento jurídico, derechos. Madrid: Dykison; 2000.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Constitucionalismo y derechos fundamentales: Presente y futuro. En: "Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI. Memorias del primer congreso de derecho constitucional". Cali: Universidad Autónoma de Occidente e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; 2007.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Filosofía del derecho y constitucionalismo. Vertientes y problemas. Cali: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III y Universidad Autónoma de Occidente. 2011.

BERNAL CANO, Natalia. El Control de Constitucionalidad de la Ley. Estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

BERNAL CASTRO, Carlos Adres. La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá. Legis; 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2005.

BONILLA MALDONADO, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. En: Revista española de derecho constitucional. No. 59. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

BROWN, Wendy. Lo que se pierde con los derechos. En: La crítica de los derechos. Bogotá: Siglo del Hombre; 2003.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010.

CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. Temas y problemas de la Filosofía del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley; 2008.

CHEMERINSKY, Erwin y PARKER, Richard. Constitucionalismo Popular. Bogotá: Siglo del Hombre; 2011.

DÍAZ, Elías. Realismo Crítico y Estado de Derecho. En: Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos; 2006.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel; 2002.

DWORKIN, Ronald. La Comunidad Liberal. Bogotá: Siglo del Hombre; 2004.

DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010.

EINAR HIMMA, Kenneth. Derecho y Moral: El Debate entre el positivismo incluyente y el excluyente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2011

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta; 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: Neoconstitucionalismo (S). Madrid: Trotta; 2005.

FERRAJOLI, Luigi. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid. Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta; 2009.

FERRAJOLLI, Luigi. La igualdad y sus garantías. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. No. 13. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid; 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta; 2009.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Logros y Desafíos de una democracia constitucional en construcción. En: 20 Años de la Constitución Colombiana logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung; 2011.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Estudio preliminar. En: Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; 2001.

GARGARELLA, Roberto. Derechos y grupos desaventajados. Barcelona: gedisa editores; 1999.

GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de la Leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010.

HANS, KELSEN. Teoría General del Derecho y del Estado. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1995

HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Bogotá: Siglo del Hombre; 1997.

HART, Hebert. Postscriptum. En: La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre; 2005.

HERDEGEN, Mathias. La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho. En justicia constitucional, El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo. Bogotá: LEGIS; 2006.

HOYOS, Arturo. La Interpretación constitucional. Bogotá. Ibáñez; 2012.

ITURRALDE, Manuel. Estado de derechos vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia. En: Hacia un nuevo de derecho constitucional. Bogotá: Universidad de los Andes; 2005.

JOST, Stefan. Los momentos fundacionales de la Constitución Política de 1991. En: 20 Años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Editorial Konrad Adenauer Stiftung; 2011.

JÁCOME GONZÁLEZ, Jorge. ¿Para que una Corte Constitucional en Colombia de 1968? Reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos. En: Justicia Constitucional. El rol de Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006.

KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México: Ediciones Coyoacán; 2008.

LLANO ALONSO, Fernando. El formalismo Jurídico y la Teoría Experiencial del Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El papel de los jueces y la jurisprudencia en la Constitución de 1886: Apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

MENDONCA, Daniel. Compendio de una teoría Analítica. Alchourrón y Bulygin en sus textos. Madrid: Marcial Pons; 2011.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control constitucional de los Estados de excepción. En: Investigación jurídica y sociojurídico en Colombia. Resultados y avances en investigación. Medellín: Universidad de Medellín; 2006.

MORENO, José Juan. La Justicia del control constitucional en Kelsen. En: Ecos de Kelsen: Vida, Obra y Controversias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

MORENO ORTIZ, Luis Javier. La Justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórico colombiana. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis. La Defensa del Estado Social de Derecho. La teoría Política de Hermann Heller. Granada: El Viejo Topo, 2009.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Derechos Sociales y Positivism Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política). Madrid: Dykinson, 2004.

PEÑA FREIRE, Manuel Antonio. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta; 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teoría del derecho. Una Concepción de la experiencia Jurídica. Madrid: Tecnos. 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Trayectorias Contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho. Madrid: Tebar; 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos. 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecno; 2011.

POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En: El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2010.

REY CANTOR, Ernesto. Celebración y Jerarquía de los Derechos Humanos. (Colombia y Venezuela). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello; 2007.

RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel. Creación Judicial y derechos Fundamentales. Lima: Ara Editores, 2012.

RODRÍGUEZ, Cesar. Teoría del derecho y decisión judicial. En: La decisión judicial. El Debate Hart -Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre; 2005.

RODRÍGUEZ, César. La Globalización del Estado de Derecho. Bogotá: Universidad de los Andes; 2009.

RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. El control constitucional de la reforma a la Constitución. Madrid: Dykinson, 2006.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. Libertad y justicia constitucional. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso. En: Justicia Constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá. Legis; 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá: ILSA; 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensar el Estado y la sociedad: Desafíos actuales. Buenos Aires: CLACSO; 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Bogotá: Siglo del Hombre; 2011.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio Las cifras de la Justicia. En: Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma. 2006.

UPRIMNY, Rodrigo. La Constitución de 1991 como constitución transformadora ¿Un noeconstitucionalismo fuerte y una democracia débil?: En: 20 Años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung; 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta; 2008.