

EL “NUEVO DERECHO” EN COLOMBIA: ¿ENTELEQUIA INNECESARIA O NOVEDAD PERTINENTE?*

Leonardo García Jaramillo**

*La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo,
es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro...
y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta.*
(Schneider, 1991, p. 49)

* Este es un artículo de la investigación “Justicia constitucional y democracia deliberativa”, inscrita en el Grupo de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Caldas. Versiones anteriores se presentaron en el *V Foro de Derecho. Universidad de los Andes* (Bogotá, 20 de abril de 2006), *IX Encuentro Nacional y III Internacional de Semilleros de Investigación* (Pereira, 12 al 15 de octubre de 2006) y *VII Encuentro Nacional de la Red de Centros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica* (Medellín, 13 al 15 de septiembre de 2007). ** Programa de Derecho y Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Caldas. Investigador del Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahíta” de la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado ensayos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica. Editor y coautor de *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. leonardogj@gmail.com

Resumen

En este artículo se sustentará que Colombia se encuentra regido por los postulados del neoconstitucionalismo. Para desarrollar la argumentación se utiliza el marco señalado por Miguel Carbonell, en virtud del cual una nueva Constitución, unas renovadas prácticas jurisprudenciales y los desarrollos teóricos novedosos permiten determinar el grado del influjo neoconstitucional en un sistema jurídico particular. Se explican estos aspectos y se enfatiza en el papel del juez a partir de la constitucionalización del derecho y se desestiman, a su turno, dos de las más recurrentes críticas sobre el nuevo derecho en Colombia.

Palabras claves: Constitucionalismo, teoría jurídica, jurisprudencia constitucional.

Abstract

In this essay will be sustained that Colombia is whitening the tenets of the neo-constitutionalist paradigm. For develop argumentation is used the framework drawn by Miguel Carbonell in whereby a new Constitution, some renewed case-law practices and theoretical developments, allow determine the degree of influence of the neo-constitutional in a legal system. It explain these aspects and its emphasized in the role of the judge from the Constitutionalization of law, dismissing two of the most Recurring criticism towards the "new Law" in Colombia.

Key words: Constitutionalism, legal theory, constitutional case-law.

Fecha de recepción: 7 de marzo
Fecha de aceptación: 14 de mayo

INTRODUCCIÓN

Es verosímil que estas observaciones hayan sido enunciadas alguna vez y quizás muchas veces; pero la discusión de su novedad me interesa menos que la de su posible verdad.

Borges¹

Si bien podría parecer en algún sentido una reiteración inocua iniciar un estudio sobre el neoconstitucionalismo en Colombia (o como tempranamente se le ha denominado: "nuevo derecho"²) haciendo alusión al hecho casi incontrovertible del entusiasmo que ha despertado en el medio académico, judicial (particularmente en la jurisprudencia constitucional) e incluso político en nuestro país, considero que precisamente debido al hecho de que la instauración del modelo neoconstitucional aún suscita aporías y críticas desde estos mismos sectores, deben presentarse argumentos que contribuyan tanto a la clarificación del grado en el cual puede decirse (si alguno) que el sistema jurídico colombiano corresponde esencialmente a la fenomenología dispuesta por el paradigma neoconstitucional como a la discusión en torno a la conveniencia de dicha adscripción. Este ensayo procura contribuir a tales fines para avanzar en la determinación de los puntos de vista a partir de los cuales puede estructurarse una explicación sólida que dé cuenta del referido fenómeno.

Cuando se alude (apologética o críticamente) al nuevo derecho en Colombia debe quedar claro que se asume una perspectiva determinada respecto al mismo. En este caso, para sustentar el modelo ideológico que supone el nuevo derecho como marco para entender nuestro derecho actual, acogeré la sugestiva tipología descrita por Miguel Carbonell respecto al fenómeno constitucionalista en general para procurar

¹ Borges, J.L. (1960). "Magias parciales del Quijote". En *Otras inquisiciones*. Buenos Aires: Emecé.

² Distintas nociones para referir algo a lo que también se le ha denominado "constitucionalismo avanzado" o "constitucionalismo de derechos" (Sastre Ariza, 2003, p. 239).

aplicarla y desarrollarla en nuestro propio contexto sociojurídico. Así pues, se analizarán los tres eslabones que, a juicio de este reputado constitucionalista, integrarían la realidad neoconstitucionalista en Colombia: la nueva Constitución de 1991, la nueva práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional –y su misma creación– y los desarrollos teóricos llevados a cabo por profesores de las principales facultades de derecho que han contribuido de singular forma con la evolución y sofisticación paulatinas de nuestro derecho. De aquí se derivará la premisa de que el neoconstitucionalismo en Colombia sí supone alguna novedad dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, la práctica ante los juzgados y tribunales y la enseñanza del derecho en las facultades.

1. COLOMBIA EN EL NUEVO DERECHO

Con la expresión ‘nuevo derecho’ se ha referido en Colombia, fundamentalmente desde la expedición de la Constitución del 91, a una serie de trasplantes iusteóricos³, además de los conocidos trasplantes dogmáticos como leyes o códigos, y a la difusión y consolidación de una serie de argumentos de corte antiformalista e ideologías antitradicionales que hacen uso constante de lecturas transformadoras de la Teoría Transnacional del Derecho⁴ como crítica a la cultura jurídica preponderante, esencialmente relacionadas con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación de derecho, la relación derecho-sociedad, el carácter vinculante de los principios, entre otros. Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica se implantó y fortaleció por la labor vanguardista y progresista de la Corte Constitucional, y por el destacado papel de algunas academias jurídicas nacionales (o más precisamente digamos “capitalinas”, en el sentido de Rafael Gutiérrez Girardot) (1980), donde

³ La noción de Luis Recasens Siches de la “Lógica de lo razonable”, por ejemplo, fue implantada en nuestro sistema por la Corte Constitucional (ST-406 de 1992 y ST-322 de 1996). Ver al respecto, Bernal - Montealegre, “De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable”, en: (2004). López (2004, pp. 428 - 434).

⁴ Aludimos a la Teoría Transnacional del Derecho, en el sentido de López Medina, para referirnos a los “países prestigiosos”, que son los “sitios de producción” que generan y practican una T.T. del D.

se empezó a publicar a principios de los noventa una importante literatura, propia o por traducciones, que importaba y adecuaba nuevos abordajes iusteóricos.

Se constituye respecto a Colombia y Latinoamérica a través de una renovada versión de diversas tendencias transnacionales que se desarrollaron en países como Francia, Alemania, España y Estados Unidos. Sustenta López Medina que podemos identificar sitios locales de producción de un nuevo modo trasnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia 'retributiva' hacia el país de influencia trasnacional. Hay también casos en medio de éstos. Alemania fue el sitio hegemónico de producción entre 1850 y 1900, Francia entre 1900 y algún momento en la década del treinta, y Estados Unidos lo fue después de 1950 (López Medina, 2001).

Aunque de modo sumario bien podemos destacar las principales iusteorías trasnacionales que han hecho aparición en el paisaje de nuestro 'nuevo' derecho, haciendo antes una advertencia expresa: resulta inicialmente paradójico, y hasta contradictorio, afirmar que es nuestro padre Kelsen quien también inaugura el nuevo derecho en Colombia, cuando es bien conocida la afirmación de Rubén Sierra Mejía de que una de las tres obras que marcan la ruptura con la tradición neotomista, haciendo posible el inicio de la filosofía moderna en Colombia y la subsiguiente actividad filosófica intensa, es precisamente *El ambiente axiológico de la teoría pura del derecho* de Rafael Carrillo Luque. Es decir que es precisamente por el libro que trae a Kelsen a Colombia –que data de 1947⁵– que se inaugura en nuestro medio el cultivo serio y profesional de la filosofía. Con esta advertencia, destacamos que Kelsen está en la trinchera combatiendo al dogmatismo formalista de la Constitución del 86, mediante una renovada lectura de su teoría⁶ y en clave del debate con el positivismo *suave* de Herbert L.A. Hart.

⁵ Las otras dos obras son *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico* (1942) de Luis Eduardo Nieto Arteta y *Nueva imagen del hombre y de la cultura* (1948) de Danilo Cruz Vélez. Ver también Sierra Mejía (1985).

⁶ Detallados estudios se han ocupado en analizar la recepción de Kelsen en nuestro medio. Con diferentes matices y enfoques, pueden consultarse: López Medina (2004,

Otras iusteorías que se han rezeptado son el realismo jurídico, en sus vertientes norteamericana y escandinava (respectivamente, O. Holmes, B. Cardozo, R. Pound, J. Frank, K. Llewellyn, y A. Hagestrom, A. Ross, K. Olivecrona); la revitalización de la tópica jurídica (T. Viehweg); la hermenéutica, específicamente en el sentido técnico de la modernidad a partir del siglo XIX (F. Schleiermacher, W. Dilthey, M. Heidegger, H. Gadamer, P. Ricoeur); la neo-retórica (C. Perelman); la analítica positivista de H.L.A. Hart, y su influyente reformulación del positivismo con fundamento en el análisis lingüístico y en la descripción sociológica; el resurgimiento del pensamiento político liberal en el liberalismo social-progresista de J. Rawls; la propuesta jurídico-democrática de Habermas y su teoría discursiva; el trialismo jurídico de N. Bobbio; la teoría de los campos sociales de P. Bourdieu; el cambio en el paradigma interpretativo del derecho de R. Dworkin y sus críticas al liberalismo político mediante su propuesta del 'liberalismo igualitario'; la dogmática de los derechos fundamentales de R. Alexy; la teoría feminista del derecho (R. West y C. MacKinnon); la teoría de la argumentación jurídica (R. Alexy, S. Toulmin, C. Perelman, N. MacCormick, A. Aarnio, A. Peczenik, M. Atienza, entre otros⁷); la escuela de los Principios Generales del Derecho (R. Dworkin, N. MacCormick, A. Peczenik y C. Wellman), y los Estudios Críticos del Derecho (D. Kennedy, R. Unger y M. Tushnet).

El hecho de que estas teorías hayan sido postuladas y desarrolladas en sociedades con democracias más evolucionadas que la nuestra, industrializadas y, por sobre todo, como su pretensión no fue hacerse extensibles a sociedades de una inestabilidad social como la colombiana, con economías capitalistas incipientes, caracterizada además por altos niveles de desigualdad y subdesarrollo, en esto radica uno de los retos más acuciantes para los jueces en nuestro país: ya que dicho influjo debe

pp. 341-398, "Kelsen en Bogotá: Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho"); Mejía Quintana (1998, pp. 60-62, "Recepción de Kelsen en Colombia y la región andina"); Villar Borda (1991); Cárdenas (1982, pp. 345 - 362).

⁷ Teniendo en cuenta la advertencia de Ulfrid Neumann, en su *Juristische Argumentationslehre* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986), de que no existe la teoría de la argumentación jurídica como una disciplina sistemática e independiente. Citado en Kaufmann (1999, p. 102). Ver también Atienza (1993).

concebirse y fortalecerse, más que mediante su *adopción*: por medio de una *adaptación* creativa y crítica al contexto de nuestra sociedad⁸; pues, con Dworkin, digamos que la naturaleza ontológica del derecho está constituida por cuestiones morales y, por tanto, los principales problemas se refieren a los principios morales y no a los hechos jurídicos, por lo que la compleja labor de la interpretación jurídica entra en el corazón de la labor del juez después de la Constitución del 91.

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

En dicha sentencia, la Corte Suprema matriculó a Colombia en la ideología del "nuevo derecho" al configurar el camino para reformar la Constitución, permitiendo así la incorporación de las reformas demandadas, con base en sustentos argumentativos como: "*El Derecho no pertenece al ámbito de lo lógico, ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores, y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad*". Al decir que "El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico", digamos al margen que la Corte parece seguir al entonces presidente de la Suprema Corte norteamericana (*Chief Justice*), Oliver W. Holmes (1964) al iniciar su célebre obra *The Common Law*:

⁸ Además del nuevo derecho constitucional y jurisprudencial, el nuevo derecho se ha extendido en Colombia hacia terrenos como *El nuevo derecho internacional de los contratos* (Carmen Parra Rodríguez (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia/ Barcelona: Bosch). *El nuevo derecho societario* (Ignacio Sanín Bernal (1999). Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE) y el nuevo derecho agrario, concursal, del trabajo y de las comunicaciones.

La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que con el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas (“Lecture I. Early Forms of Liability”).

Al respecto también afirmó Holmes (1996) en *The Path of Law* que

La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...) El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como las matemáticas, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas (p. 15 - 16)⁹.

1.1 Hermenéutica textualista de reglas vs. hermenéutica de ponderación de principios

Correlativa a la concepción interpretativa que se derivaba de nuestro anterior sistema constitucional (en virtud del cual la forma por excelencia de concebir y aplicar el derecho es mediante subsunción lógica) es la idea de que el ordenamiento jurídico sólo está integrado por reglas. Entre los primeros y más influyentes promotores de esta idea se cuentan John Austin (1998), Herbert L.A. Hart (1963) y Hans Kelsen. Para Kelsen, la estructura de estas reglas es “condicional hipotética”: Si A, entonces debe ser B (1994, p. 60 y ss.), es decir, si el que matare a otro incurrirá en prisión de 13 a 25 años y Juan mató (A), entonces Juan incurrirá en prisión... (B). Se contrapone a esta postura la de los principios en el derecho sostenida por Ronald Dworkin, para quien junto con las reglas, los sistemas jurídicos están integrados por principios, así como por directrices (Dworkin, 1977)¹⁰.

⁹ Traducciones propias. Énfasis añadidos.

¹⁰ Ver también, entre muchos otros, Atienza – Manero (1996: cap. I).

Los principios constitucionales (derechos fundamentales) se aplican mediante la ponderación, que es igualmente el mecanismo para resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos. Dworkin, en línea similar, se refiere al "pesaje" de los principios (1977, p. 26). La ley de la ponderación ha sido expuesta por Alexy de la siguiente forma: *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro* (1993, p. 26). Este autor, igualmente, muestra que la ponderación puede dividirse en tres pasos: "En el primer paso, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro" (Alexy, 2002 - 2004, pp. 49)¹¹.

2. TRES ESLABONES QUE CONSTITUYEN EL FENÓMENO NEOCONSTITUCIONALISTA

Siguiendo, pues, la sugestiva estructura que, en tres niveles de análisis, hay que considerar para determinar de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo, en lo sucesivo se desarrollarán tales niveles respecto a la situación de nuestro país y su realidad jurídica actual.

Como antecedente general se precisa que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de los años setenta del siglo XX y los cuales se destacan, entre otros aspectos, por la inclusión de amplios catálogos de derechos fundamentales y la creación de instituciones, como los tribunales constitucionales, encargados de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propugnar la garantía y realización de los referidos catálogos de derechos. El primer aspecto, pues, es la promulgación de una nueva constitución política.

¹¹ Sobre este concepto asimismo, además de los citados, ver Bernal Pulido (2003, p. 757 y ss.) y López Medina (2006).

2.1. Nueva Constitución Política

La Constitución Política que entró en vigencia en 1991 ha sido reconocida y valorada como pluralista, incluyente y progresista; adoptó el Estado Social de Derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas sólo por los antropólogos y se contaban, si acaso, en las estadísticas; consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, y como uno de los principales cambios (sino el más), la Constitución creó una jurisdicción independiente (la Constitucional), a cuya cabeza ubicó una nueva institución a la que le corresponde guardar su integridad y supremacía. La Corte Constitucional¹² pertenece a la rama judicial del Poder Público y es la intérprete autorizada de la Constitución. El máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional es, sino la más, una de las instituciones más controvertidas de las creadas en 1991, pero cuenta sin embargo con un amplio respaldo entre la ciudadanía e incluso entre otras instituciones. Sus funciones están descritas en el artículo 241 constitucional, en virtud del cual le corresponde decidir sobre las demandas de constitucionalidad promovidas por los ciudadanos, sobre las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Gobierno contra proyectos de ley y, de forma previa, acerca de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben. También decide sobre la constitucionalidad, tanto de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos, como de la convocatoria a los referendos o asambleas constituyentes; ejerce el control constitucional sobre los decretos gubernamentales al amparo de los estados de excepción, y revisa con total discrecionalidad las decisiones judiciales relacionadas con la tutela.

¹² De manera excepcional, y al estricto tenor del artículo 43 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción constitucional es ejercida por los jueces y tribunales en casos particulares en los que deben resolver tutelas, acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos consagrados en la Constitución.

Sin embargo, esta institución no se ha limitado a realizar una función de revisión de la validez constitucional de una ley, sino que ha transformado de forma revolucionaria (en sentido kuhniiano) esta labor en función del alcance y significado de una Constitución democrática que consiste, fundamentalmente, en que las normas del texto constitucional son directamente aplicables por razón de herramientas operativas como la tutela, la cual permite proteger derechos innominados en las leyes e incluso apartarse de la ley cuando señala una solución diferente de la que se deriva de una interpretación sistemática de la Constitución. Mediante el control de constitucionalidad que ejerce la Corte se garantiza la supremacía y efectividad de la Constitución, pero particularmente del amplio catálogo de derechos que consagra.

Otro gran logro de la Constitución es la creación de un mecanismo autónomo para la protección de los derechos, que ha permitido en parte fundamental la garantía de la eficacia real de sus postulados progresistas (la acción de tutela), debido a que a través de ella se ha extendido el alcance material de la protección de los derechos al reconocer efectivamente que no sólo son fundamentales los derechos consignados en el capítulo de la Constitución titulado "De los derechos fundamentales", sino que también lo son otros derechos –como los sociales–, que merecen también una protección del Estado en determinadas circunstancias¹³. Sin duda, a partir de la acción de tutela los ciudadanos encontramos una forma directa de acercarnos al texto constitucional, lo cual ha redundado en que ha signado la historia de nuestro Derecho Público.

Así entonces, la histórica concepción de 1886 de una Constitución como un mero texto de referencia o principio de trasfondo para la elaboración de las leyes de menor jerarquía y que sólo consagraba un catálogo teórico de garantías, trascendió en 1991 hacia una concepción en la que al Tribunal Constitucional, como en Alemania, Italia y España, le es dable crear y desarrollar el derecho, labor que ha desempeñado (en muchos casos discutiblemente) mediante una novedosa y creativa jurisprudencia.

¹³ Para una sólida fundamentación dogmática de los derechos sociales en la cual se sustenta su justiciabilidad judicial, estúdiense Arango (2005).

2.2. Prácticas jurisprudenciales

La expedición de la Constitución insertó en nuestra realidad jurídico-constitucional un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia de la Corte la que permitió que el mismo entrara en vigor. Los jueces constitucionales (es decir, todos) han comenzado en esta última década a realizar su función con base en renovados parámetros interpretativos.

Conforme al rol de la Corte en 16 años de nuevo constitucionalismo, se ha abandonado el uso arcaizante que hasta 1991 tenía la Jurisprudencia, la cual sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con anterioridad y sin carácter obligatorio; ahora se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

La Corte es una institución singularmente comprometida con el ideal del Estado Social de Derecho, por lo que en su jurisprudencia ha estructurado los derechos fundamentales de forma que se preserven los derechos liberales pero se extienda la protección a los derechos sociales dentro de una economía libre pero solidaria de mercado. La Corte demanda que se instaure y fortalezca entre las instituciones de igual jerarquía, y los tribunales y juzgados, la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y del ambicioso proyecto social que encarna, máxime en un país como el nuestro en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional.

La jurisprudencia, entonces, ha pasado a ejercer una influencia predominante en nuestra forma de entender el derecho, y en la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones públicas. Y sin poder aquí describir ni tomar partido en el debate entre las tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la

jurisprudencia, es menester afirmar que si bien la jurisprudencia no cuenta como fuente primaria en nuestro sistema jurídico por virtud del artículo 230 constitucional, que le confiere un criterio auxiliar relegado a la ley, sí se ha constituido en fuente primaria de la conciencia jurídica colombiana, es decir, en la principal fuente de nuestra forma de comprender y practicar el derecho en el ámbito académico y profesional. La jurisprudencia en Colombia desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa.

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

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

Por tal valor esencialmente programático de la Constitución del 86, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. La reconfiguración dogmática del texto fundamental que se presentó en 1991, pero primordialmente por la jurisprudencia de la Corte, que no ha permitido que los postulados progresistas y garantistas se queden en

mera letra muerta, puso de manifiesto que si bien nuestra Constitución es básicamente un cuerpo normativo orgánico (que incluso se excede en normas reglamentarias y administrativas), es mucho más que eso, pues mediante una interpretación holística de sus normas se ha establecido una función política, con miras a que se adapte constantemente a una sociedad que, como la nuestra, es dinámica.

La jurisprudencia ha instituido como factor determinante de la labor judicial las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación para aplicar derechos fundamentales, la proporcionalidad y la razonabilidad en la protección de tales derechos, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la proyección horizontal de los derechos fundamentales (a través de la *Drittwirkung*) (Estrada, 2000) o debido a la consideración en casos particulares del “contenido esencial” de esos derechos (*Wesensgehalt*). El desarrollo del nuevo derecho ha instituido la necesidad de que los jueces consideren en su actividad interpretativa los valores constitucionalizados, de forma tal que se reflejen en la cotidianidad a través de decisiones que en apliquen en casos concretos. Sin duda, en el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues son los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales.

2.2.1. *El nuevo rol judicial como insignia del estado constitucional*

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

Si en algún funcionario recae la responsabilidad de concretar el nuevo derecho y dotarlo de fuerza normativa eficaz es en el juez. Pero no ya aquel tipo de juez descrito adecuadamente en su momento como integrante de la rama menos peligrosa del sistema jurídico¹⁴ y, mucho

¹⁴ Alexander Hamilton, *El Federalista*, N° 78. Esta idea, que encierra toda una concepción político-constitucional, inspiró el título del influyente libro de Bickel(1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.*

menos, como aquel que debe limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, como lo pensó Montesquieu, sino un funcionario que no es ya *el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley*. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. “De allí que en los estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se le confisca o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos”¹⁵.

Casi desde el inicio mismo del cambio constitucional en 1991 se abogó por la demanda a un tipo distinto de juez respecto del administrador de justicia que ejercía su cargo siguiendo los lineamientos de la Constitución del 86. Como afirma Carlos Gaviria:

Cuando se dio la Constitución del 91, una de las mayores virtudes que en ella advertí fue la exigencia implícita de un nuevo juez colombiano. Que no se nutra sólo de incisos y párrafos incitantes a la hermenéutica (¿o no hermenéutica?) exegética, sino de reflexiones que le permitan descifrar la clave de un universo axiológico tan apasionante y complejo como el que acoge nuestra Carta (Gaviria, 2001).

El juez que responde a las exigencias del Estado social de derecho y no desentona con el nivel implícitamente impuesto por la jurisprudencia constitucional, es el que además de conocer la legislación y aplicarla sin prevaricar, cometer faltas disciplinarias o delitos (cohecho, concusión o tráfico de influencias, por ejemplo), ha desarrollado o vinculado a su labor ciertas virtudes, tales como valentía y discreción para ejercer debidamente su función, y coraje para enfrentar los riesgos que acaecen; imparcialidad respecto a sus juicios e independencia frente a las partes, sus colegas, las otras ramas del poder público y los medios; un juez sin prejuicios ni pactos burocráticos. Un juez con la capacidad tanto

¹⁵ ST-119 de 2005. Énfasis añadido.

de conmiseración para aproximarse al problema como de ponderar adecuadamente los pros y contras en los casos en los que hay altos costos morales para una de las partes o para la sociedad; y consciente de la necesidad de capacitarse permanentemente, que rinda en lo cuantitativo sin ir en demérito de lo cualitativo.

Virtudes, bien entre otras, sin las que no se puede ser un buen juez, un juez como el que demanda la Constitución de 1991. Es particularmente en los casos difíciles, por el ejercicio de la discrecionalidad y la posibilidad de aplicar más de un alternativa razonable (respuesta correcta), en los que los jueces tienen, digámoslo así, una “carga de la justificación”, pues se pone de relieve la justificación de la elección de la decisión mediante una argumentación correcta, en la que incluso es necesario trascender la ley y atender las fuentes auxiliares, e igualmente debe llevar el derecho al diálogo con otras disciplinas. En la perspectiva haitiana, estos casos se presentan, particularmente, por la variedad de interpretaciones, que admiten las normas de “textura abierta”¹⁶. Varias interpretaciones, pero no cualquier interpretación, como dice Hart, por lo que sustenta que al ejercer la discreción en los casos difíciles, el juez no puede dictaminar el caso de cualquier forma. Este es el primer límite que le impone al poder creativo de los jueces. El segundo es precisamente porque en los casos difíciles los jueces tienen que dejar entrever una serie de virtudes, inexistentes en el proceso legislativo, y al respecto escribe en un breve párrafo de *The Concept of Law*: “Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración del interés de todos aquellos que serán afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión” (Hart, 1994, p. 205).

¹⁶ “La textura abierta del derecho significa que hay, efectivamente, áreas de conducta donde mucho debe dejarse a ser desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un balance, a la luz de las circunstancias particulares, entre los intereses en conflicto cuya variación en el peso se da de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en gran medida en la guía de funcionarios judiciales y de particulares mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de estándares variables, *no* requieren de aquellos un nuevo juicio de caso a caso (...) [E]n el margen de las reglas (...), los tribunales llevan a cabo una función productora de reglas [*rule-producing function*]”. Hart (1994, p. 135).

La inerte función de aplicación de la norma a través de una interpretación literal y restringida de su alcance y sin ver mucho los contextos sociales, los propósitos políticos y económicos de esas normas, es trascendida por el 'juez virtuoso', o juez del nuevo derecho, que procura hacer efectivos los derechos, principios y valores plasmados en la Constitución, lo que se traduce en lograr en cada caso específico una equidad real y unas condiciones económicas y sociales justas. Los principios (es decir, los derechos fundamentales, así como los sociales, según lo ha establecido la jurisprudencia del mínimo vital) y los valores plasmados en la Constitución no serán más que letra muerta si los jueces (no sólo ya los magistrados de las altas cortes) no asumen un papel comprometido en la realización del modelo ideológico y la fórmula política del Estado Social de Derecho. Sin un renovado papel del juez, el concepto "social" que en 1991 se le agregó al "Estado de Derecho" no sería más que una muletilla retórica sin posibilidad de dotarse de contenidos normativos concretos.

Pero a qué nos referimos puntualmente cuando sostenemos que el neoconstitucionalismo colombiano demanda un tipo especial de juez, que denomino por una razón eminentemente retórica "juez del nuevo derecho"?¹⁷ Una respuesta fácil (pero a todas resultas inútil) consistiría en afirmar que el nuevo derecho le demanda al juez un cambio en su rol tradicional. Por lo tanto, y así sea de manera provisional, debo decir que con esta noción aludo a un tipo de juez virtuoso que ha asimilado el modelo ideológico y la fórmula política del Estado Social de Derecho, cambiando de mentalidad respecto a su rol, llevándolo a concebir que la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia sólo puede consolidarse en la medida en que asuma un papel que no debe limitarse a plantear el problema técnico jurídico de mayor o menor complejidad que se somete a su jurisdicción, sino que es también un portador de la visión institucional del interés general, que debe mantener un compromiso con su despacho, pero también con la institución que representa y con la sociedad.

¹⁷ Sobre la labor del juez en los estados constitucionales y democráticos contemporáneos véase Carbonell - Fix Fierro - Vásquez (2004), Díez (2006), Zagrebelsky (2007, pp. 91-104), Barak (2006).

El juez del nuevo derecho es el juez que garantiza el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, teniendo como referente los postulados de la Constitución de 1991 y actúa en su jurisdicción ideológica y programática. En este sentido, conforme a Uprimny, el juez en el Estado social de derecho, derivado de sus principios constitutivos, debe respetar tres exigencias fundamentales: (i) garantizar los derechos de las personas por medio de decisiones previsibles con base en el principio de seguridad jurídica, que es el principal instrumento para que su actividad no sea arbitraria y no vulnere derechos ni libertades (filosofía liberal); (ii) respetar las decisiones mayoritarias de los órganos políticos, porque debido a su carencia de legitimación democrática no tiene una fuente de poder autónomo, debido a lo cual debe respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular (soberanía popular); y (iii) lograr decisiones materialmente justas, pues la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa (principio social) (Uprimny, 1997).

Este juez se ve enfrentado a casos sobre diversas cuestiones que, además de las pruebas, los hechos y el derecho, son objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo, el que roba por estricta necesidad y el demente que comete un homicidio, pero que sin embargo resultan plenos responsables de sus actos; la madre que decide suspender el embarazo porque resulta perjudicial para su salud. En su ensayo *¿Pueden o deben nuestros jueces ser filósofos?* Dworkin (2007) formula las siguientes preguntas como algunas de las más significativas que muchas veces tienen que resolverse en la decisión de un juez:

¿Es el feto una persona con derechos e intereses propios?, ¿hay una distinción moralmente relevante entre el acto negativo de conservar los soportes artificiales de la vida y el acto positivo de administrar píldoras letales?, ¿violan principios fundamentales los gobiernos decentes al negar el derecho a morir a ciudadanos agonizantes cuándo y cómo ellos desean?, ¿que los ciudadanos tengan derecho de independencia moral en las decisiones personales, significa que la manera como deben morir es asunto de ellos?, en la controversia del suicidio asistido, ¿cuál es el papel de la distinción frecuentemente citada entre matar y dejar morir?¹⁸

¹⁸ Para las citas me baso en la versión manuscrita de la traducción.

Para Dworkin, en el derecho constitucional es en el que con mayor relevancia se presentan las discusiones filosóficas, particularmente dramáticas en nuestro contexto por las polémicas decisiones de la Corte Constitucional sobre la eutanasia, el consumo de la dosis personal de droga, el mínimo vital, el suicidio asistido; así como, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad.

Respecto a la recurrente demanda de que los jueces se vuelvan cada vez más "filósofos del derecho" en su actividad, debería advertirse, en primer lugar, que estimo que la expresión "filósofo del derecho" o "filosofía del derecho" se utiliza recurrentemente, en particular respecto a los jueces, como una forma ubicua o sesgada de hablar de un juez estudioso, responsable y con unas virtudes que tienen que ver más con sus propios hábitos intelectuales. No obstante el resurgimiento revitalizado de los temas y problemas de la filosofía del derecho en las decisiones de los jueces, la importancia de su papel en el 'nuevo derecho' no radica tanto en su formación teórica o iusfilosófica, como muchas veces se sostiene: no es tanto que tengan que ser filósofos del derecho en sentido estricto, ni formarse en una rama especializada de la filosofía del derecho; no es tanto porque uno piense que tengan que estudiar el género propiamente dicho, ni adentrarse o tomar posición, por ejemplo, en el debate entre Hart y Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial de derecho. Como sugestivamente se pregunta Dworkin: "¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo? ¿No sería acaso una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?"

Se demanda socialmente este, digamos, perfil, pero porque bien sabemos que quienes estudian *concienzudamente*¹⁹ filosofía del derecho

¹⁹ Hago énfasis en *concienzudamente* porque harto se ha padecido en muchas academias jurídicas nacionales la presencia de 'ius-filosofastros' que no hacen más que recordarnos aquella dicente advocación nietzscheana: "La ciega ignorancia es menos fatal que el mediocre y confuso saber".

y asimilan sus enseñanzas poseen, entre otras, una especie peculiar de densidad intelectual, capacidad de estudio, detenimiento en el análisis conceptual, elaborado sentido crítico, así como un importante desarrollo de provisionales síntesis interpretativas. En últimas, es un juez concebido, no como un constructor de grandes modelos teóricos cuya cultura jurídica (teórica o iusfilosófica) va más allá, o está por encima, de otras virtudes no-cognitivas, defendidas, entre otros, por Atienza y Neil MacCormick, que sí vendrían a estar en la cúspide de la “pirámide kelseniana de la actividad jurisdiccional”.

Lo anterior nos permite afirmar que no es entonces un juez ‘filósofo del derecho’, sino un juez, digamos, ‘virtuoso en el derecho’: quien no sólo tiene una boca que pronuncia las meras palabras de la ley (parodiando aquella bien conocida función que le atribuyera Montesquieu), sino que crea derecho en la medida en que interpreta las leyes prestando atención cuidadosa al espíritu de la tradición jurídica y cultural. Cumple su tarea atendiendo la validez de las normas, pero con miras a su legitimidad y a la eficacia social de sus decisiones, para que así puedan ser socialmente deseables y aceptadas, no sólo como válidas a la luz de un ordenamiento jurídico-positivo, sino también como legítimas según los principios constitucionales que sirven de marco normativo a la democracia, tendiendo así a garantizar que los principios consensualmente concertados en la Constitución filtren todo el ordenamiento para que en las decisiones judiciales coincida tanto la perspectiva de validez jurídica intrasistémica como la perspectiva de legitimidad política extrasistémica²⁰.

De otra parte, y aunque parezca paradójico respecto a lo defendido inmediatamente atrás, la crítica al solipsismo y la excesiva elucubración de la filosofía del derecho, así como a las disquisiciones absurdamente hiper-complejas que –no siempre con el rigor necesario– aparecían en los escenarios jurídicos, se ha visto paulatinamente desvirtuada por cuanto, como ampliamente se reconoce, el juez del nuevo derecho ha

²⁰ Consúltese al respecto Luhmann (1985), Kaufmann - Hassemer (1992), Mejía Quintana (2005: cap. III).

revitalizado los temas y problemas de la filosofía del derecho en sus decisiones y, a partir de allí, en nuestra propia concepción de todo el fenómeno de lo jurídico.

Se le añadió así una verdadera dimensión práctica que es cardinal, porque cuando uno practica el derecho tiene una filosofía del derecho, y es mejor tenerla explícitamente porque, como advierte Northrop (1959), "Con seguridad, hay abogados, jueces y aun profesores de derecho que nos dicen que ellos no tienen una específica filosofía del derecho. En derecho, como en otras cosas, nosotros encontramos que la única diferencia entre una persona 'sin filosofía' y alguien con ella es que la última sabe cuál es su filosofía" (p. 6). En similar sentido, para el jurista colombiano Diego López Medina (2004), "El que niega la existencia de teoría del derecho en una cultura jurídica, tan sólo afirma que él, en realidad, no es consciente de la misma" (p. 51)²¹.

Dicha dimensión práctica que gracias a la Constitución y, particularmente por el papel del juez del nuevo derecho, tiene la filosofía del derecho estimo que reviste especial importancia, entre otras cuestiones, por el influjo teórico y dogmático de las teorías iusfilosóficas transnacionales que han dotado al juez de herramientas efectivas para proteger derechos y para que garantice el acceso efectivo e igualitario a la administración de justicia mediante una argumentación razonable en los casos difíciles en las que ya no tiene la excusa de que ese caso se tipifica en tal norma específica, que ese caso se resuelve, sin mayor inconveniente, con base en lo estipulado por el artículo tal de tal código.

2.3. Desarrollos teóricos

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los

²¹ Esta idea ya la había planteado el autor cuando en un ensayo temprano (de 2002), en el que adelantaba algunas de las tesis centrales del capítulo 4 (4.2) de tal libro (2004), expresó que "Quienes afirman no tener una teoría del derecho sólo afirman, en últimas, que poseen una teoría del derecho que no está bajo su control consciente".

cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién progresista y garantista, pero también suponen aportaciones teóricas que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo (García Figueroa, 2006, p. 159 y ss.). Ferrajoli (2006, p. 33 y ss.) señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El profesor Carbonell señala precisamente como un ejemplo del neoconstitucionalismo iberoamericano la influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de nuestra Corte Constitucional (“que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina”).

Obras como las publicadas por las editoriales Legis y Temis, así como por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de Siglo del Hombre editores, y las series dirigidas por Luis Villar Borda en la Universidad Externado y Daniel Bonilla en la Universidad de los Andes, han hecho que la comunidad jurídica de habla hispana se enfoque de manera muy importante en las inquietudes intelectuales que actualmente se desarrollan en nuestro país.

Si bien los temas son diversos, los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia pueden ubicarse nítidamente dentro del espectro iusfilosófico y constitucional. Sin pretender ser exhaustivos, podríamos señalar como los principales aportes teóricos al debate académico –con la permanente pretensión de ejercer impacto duradero sobre la realidad jurídica nacional– los problemas relacionados con la fundamentación dogmática de los derechos sociales y la defensa de su justiciabilidad judicial, la jurisdicción social de la acción de tutela, el renovado papel del juez en la realización del ambicioso proyecto social que encarnan los postulados constitucionales, el controvertido ejercicio de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, los paradigmas jurídicos de Rawls, Habermas y Luhmann, la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y sus contribuciones al

problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, así como análisis teóricos de la jurisprudencia de temas polémicos como el multiculturalismo, los derechos de las minorías (particularmente, el respeto de la jurisdicción indígena y la salvaguardia de su autonomía) y las cuestiones relacionadas con la realización integral de los derechos sociales, la protección de los derechos humanos y la consecución de una democracia más robusta e incluyente.

Un mérito que encuentro adicional de los profesores de las principales facultades de derecho del país, quienes sin duda han sido los que han liderado este proceso de cualificación y sofisticación teóricas y académicas, a tales desarrollos teóricos consiste en haber contribuido a adaptar (no sólo adoptar) localmente las teorías surgidas en contextos radicalmente distintos (no sólo jurídica sino social y culturalmente) al nuestro, por lo cual las teorías de amplia circulación transnacional se han puesto a hablar en clave de recepción, honrándolas en sí mismas pero problematizándolas respecto a los problemas que ocupan y aquejan las distintas jurisdicciones políticas y sociales –además de académicas– de países, como el nuestro, receptores de teorías. Dicho empeño redundaba sin duda en aportes cualitativamente superiores al propósito de realizar reconstrucciones teóricas a partir de interpretaciones que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de quienes los elaboraron, y sin alejarse de sus ambientes socioculturales y realidades históricas.

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

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los tres cambios señalados a partir de los cuales puede decirse que Colombia se encuentra regida por el paradigma neoconstitucional guardan estrecha relación con el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Para Riccardo Guastini (2007), por este fenómeno puede entenderse

un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales (p. 13).

Guastini (2007) señala puntualmente unas condiciones necesarias para determinar el grado de constitucionalización en el que se encuentra un determinado ordenamiento jurídico: la rigidez de la Constitución, que impida que principios esenciales puedan modificarse (ni siquiera mediante el procedimiento de revisión judicial) (p. 155); la garantía jurisdiccional de la Constitución, que permite imponer sus postulados a todo el ordenamiento (p. 155-157); la fuerza vinculante de la Constitución, en virtud de la cual todas sus normas son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios, ya que las mismas están dotadas de contenido normativo (pp. 157-158); la “sobreinterpretación” constitucional, a partir de la cual los jueces no se limitan al literalismo sino que adoptan una interpretación extensiva que permita extraer normas implícitas (“adscriptas”) para regular nuevos casos, y la aplicación directa de las normas constitucionales. La Constitución rige también las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos. Todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio, la interpretación de las leyes conforme a los mandatos constitucionales, y, finalmente, la determinante influencia sobre las relaciones políticas.

3.1. Subreglas constitucionales

Respecto a estas condiciones, es relevante para sustentar el propósito demarcado con este ensayo analizar la forma en la cual, mediante la denominación de "subregla" la Corte Constitucional²² y la doctrina jurídica colombianas²³ receptaron la noción (autoría del jurista germano Robert Alexy²⁴) de las "normas adscriptas" como fundamento y respaldo a la tesis optimista del carácter vinculante de la jurisprudencia²⁵.

Cuando la Corte Constitucional se encuentra en un caso concreto ante vaguedades o inconsistencias en el lenguaje jurídico que surgen cuando la Constitución habla "con voz incierta" o "con muchas voces"²⁶, tiene la imperativa necesidad de desplegar el significado normativo explícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional. Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental.

El estado de cosas sometido a un examen constitucional puede ser determinado, entonces, por medio de una norma adscrita, la cual es más específica que la norma iusfundamental directamente estatuida, tal como si fuera una norma propiamente que se ha originado en el derecho legislado. Dos características esenciales distinguen a tal tipo especial de normas: (i) están vinculadas interpretativamente a una disposición

²² Consúltense, entre muchas otras, las sentencias T-438/96, T-606/97, T-450/01, T-137/03.

²³ Cfr.: López Medina (2006), Uprimny – Botero (2006).

²⁴ El concepto y contenido de las normas adscritas se encuentra en Alexy (1993). Ver también Bernal (2003). En el contexto constitucional mexicano a la norma adscrita se le denomina "subnorma constitucional". También se denomina como "norma subconstitucional" o "subregla jurisprudencial". Ver, por ejemplo, García (1984).

²⁵ Sobre los problemas teóricos y prácticos de esta tesis, así como sobre los aspectos que debe comprender su fundamentación, ver Bernal (2005: cap. 6, II). Sobre la obligatoriedad de las sentencias y el sistema de precedentes de nuestro derecho, ver: C-131/93, C-083/95, T-260/95, SU-047/99. Sobre la vía de hecho en la que se incurre por contradecir un precedente, SU-640/95.

²⁶ José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo (1997, p. 87 y 108).

iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y (ii) guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate (Bernal, 2003, p12 y ss.).

La norma adscrita califica deonticamente un supuesto de hecho conformado por las características relevantes del nuevo caso. De otra parte, la validez de la norma que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se aduzca para establecer un vínculo sólido y riguroso entre ésta y la norma positiva. En síntesis: la argumentación justifica la adscripción. Extendiendo aquí la conocida pretensión de corrección del derecho en la teoría de Alexy²⁷, podría hablarse, como lo hace Carlos Bernal (2003), de una “corrección interpretativa”, en virtud de la cual una norma adscrita sólo puede considerarse válida si su vinculación interpretativa puede fundamentarse correctamente en una disposición jurídica (p. 127). Conforme a este autor, el deber que tiene la Corte de fundamentar la validez de las normas adscritas se sustenta en tres argumentos esenciales: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucionalidad de las leyes y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta (p. 126 y ss.).

²⁷ La pretensión de corrección del derecho consiste en que el enunciado jurídico normativo, en forma de sentencia judicial, debe ser racionalmente fundamentado en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. En el discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión deben ser indicadas. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales” (BverfGE 34, 269 (289)). Por esto es por lo que la decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo esta pretensión, la cual implica una pretensión de justificabilidad. En el postfacio a la versión castellana de *Teoría de la argumentación jurídica*, “Respuesta a algunos críticos”, Alexy pone de presente que la pretensión de corrección se plantea necesariamente en el discurso jurídico y ejemplifica la falta de tal pretensión con un ejemplo: “En nombre del pueblo se condena al señor N a diez años de privación de la libertad, aunque no hay para ello buenas razones”. La cuestión de la pretensión hace parte de la dimensión de validez, no de legitimidad, de las decisiones judiciales; así estas decisiones por la falta de pretensión de corrección no dejan de ser decisiones judiciales válidas, pero sí las hacen defectuosas. La pretensión se satisface no con cualquier tipo de argumentación sino con una que sea correcta.

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

La constitucionalización propende, entonces, a sustentar el que las normas que hacen parte de un sistema jurídico pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución o las que, como las adscritas, resultan de una ponderación iusfundamentalmente correcta realizada por la institución que ejerce el control constitucional²⁸.

La denominación local de la norma adscrita como “subregla” no ha estado exenta de críticas. Para Carlos Bernal (2005, pp. 213-214 y 260) no parece apropiada debido a que tal denominación puede dar la errada impresión de que este tipo de normas son reglas implícitas en otras reglas o una clase de normas de inferior jerarquía respecto de la fuente del derecho en la que se encuentra la disposición a la que se adscribe. La norma adscrita, o subregla, no es inferior –se sustenta– porque al

²⁸ El concepto y contenido de las normas adscritas se encuentra en Alexy (1993) y Bernal (2003). En el contexto constitucional mexicano a la norma adscrita se le denomina “subnorma constitucional”. También se denomina como “norma subconstitucional” o “subregla jurisprudencial”. Ver, por ejemplo, García (1984).

ser concreción de las disposiciones constitucionales o legales posee el carácter propiamente de regla o de principio²⁹, pero en cualquier caso tiene rango constitucional o legal, según el caso, para resolver casos futuros.

Esta crítica ha sido desestimada por Rodrigo Uprimny, para quien el concepto “subregla” es respetuoso del sistema de fuentes adoptado en Colombia y de la distinción entre los textos constitucionales en sí mismos y sus interpretaciones jurisprudenciales derivadas. Según criterio de este profesor, sólo a partir de un “exceso de racionalismo” puede situarse al mismo nivel una regla construida jurisprudencialmente de la que, aunque respetable porque constituye precedente, el propio tribunal puede apartarse a partir de un proceso de argumentación y justificación menor al que se tendría que realizar si fuese a alejarse de alguna disposición del texto constitucional, el cual obviamente tiene que ser respetado por los jueces constitucionales, aunque pueda haber divergencias e incluso oposiciones respecto a su alcance³⁰.

A mi juicio, por la interpretación que se le atribuyó a la noción de norma adscrita y su función, como subregla, respecto al caso concreto –independientemente de opere como regla o tenga estructura de principio³¹ (por lo que admitiría ponderación)– adquiere plena autonomía respecto a la disposición constitucional original y posee toda su fuerza normativa. De otra parte, la relación con el prefijo ‘sub’ podría justificarse desde el punto de vista de su constitución genealógica, dando así a entender sin atisbo de imprecisión que es una norma plena pero que deriva de otra, es decir que no fue constituida originalmente co-

²⁹ Sobre este punto en particular consúltese Bernal (2005: cap. VI, II, 3.2.3).

³⁰ Esta idea se planteó originalmente en Rodrigo Uprimny *et al.* La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Manuscrito. Se reiteró en la “Introducción metodológica” de Uprimny – Botero (2006: xviii-xix).

³¹ Desde el punto de vista de Alexy, que transversaliza todo el análisis al respecto, debe clarificarse que tanto los principios como las reglas son dos tipos de normas que se distinguen por su criterio de generalidad (relativamente alto y relativamente bajo), es decir, son especies del género de norma. Consúltese Alexy (1993, p. 82 y ss.). Desde un punto de vista más amplio, que vincula tal distinción en la teoría de Dworkin y su enfrentamiento con el positivismo suave de Hart, ver Bernal (2003, p. 570 y ss.).

mo tal por el poder que tiene la competencia original para tal actividad. Es independiente entonces que una subregla opere como único respaldo normativo y fuente de derecho para el juez en un caso concreto, pues su origen dependió de una disposición constitucional, o grupo de disposiciones, que a juicio del intérprete, no del legislador, se debió encaminar en una u otra dirección. Podría ilustrar al respecto el advertir que la llamada (propriadamente) por el versado traductor de *Teoría de los derechos fundamentales* "norma adscripta" corresponde a la expresión original germana *Zugedneten Normen*, que significa más clara y menos técnicamente: "norma implícita".

Al indicar las condiciones jurisprudencialmente establecidas de aplicación de los preceptos constitucionales, las subreglas que ha construido argumentativamente la Corte determinan lo que un derecho fundamental prohíbe, ordena o permite –o sea, cuando se trata de determinar su contenido definitivo³², por lo que entonces, aunque tengan propiadamente estructura de regla al aplicarse a un caso concreto, frente a la norma constitucional de que la deriva –más no está implícita en ella– sí resultaría de inferior jerarquía al contrastar las exigencias para la modificación de alguno de los artículos constitucionales, frente a los requisitos, más de carácter doctrinario, para apartarse en un caso determinado (*distinguish*) o para cambiar del todo (*overruling*) un precedente jurisprudencial establecido con el fin de precisar o corregir uno nuevo, ya que si bien es del todo cierto que la Corte debe ser consistente con sus fallos anteriores, en circunstancias especiales se puede apartar de los mismos, y a partir de una carga argumentativa menor que la requerida al modificar el articulado constitucional³³.

³² Para una explicación del contenido definitivo de los derechos fundamentales, en el contexto de un cuidadoso examen a la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad, ver Lopera (2006: cap. 2, II, 2.1).

³³ La mayor posibilidad de apartarse de un precedente en nuestro sistema jurídico resulta más ilustrativa si se contrapone a lo excepcional de tal posibilidad en la jurisprudencia constitucional norteamericana. Como uno de los principales ejemplos históricos, véase el *overruling* que constituyó *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483. 1954) sobre *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S. 537. 1896), en la cual la

En la medida en que una cultura jurídica particular incorpora una noción que da efectiva cuenta de una arraigada realidad constitucional, aunque el término adecuado pudiera en un momento determinado ser otro, sólo en la esfera del purismo doctrinario y teórico recaería la relevancia de esta crítica hacia un concepto que, como el de subregla, hace alusión, más que a una degradación normativa, a una realidad constitucional en virtud de la cual con esta nomenclatura se dio a entender que tal tipo especial de reglas proviene de otras que fueron instituidas por el legislador o el constituyente, mas no por el intérprete. Para ilustrar la debilitación a la contundencia de la crítica de Bernal, recuérdese al respecto que Popper se refirió a ‘filósofos minuciosos’ (el nombre se debe a Berkeley) que reemplazan las preguntas importantes por interrogantes de mínima envergadura. Sostiene que si bien es cierto que “la crítica es la savia de la filosofía hemos de evitar el empeño en partir un pelo. Me parece fatal la crítica minuciosa de aspectos minúsculos” (Popper, 1994, p. 239).

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

Suprema Corte aprobó, con base en la doctrina de los “separados pero iguales”, que los afroamericanos se educaran en escuelas diferentes de las de los angloamericanos blancos. La Corte se apartó de este precedente en *Brown* y sostuvo que “[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado (...) Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”. Sobre esta decisión consúltense Wechsler (1959) y Sunstein (1997).

4. DOS ERRORES RECURRENTES QUE CONDUCEN A MALENTENDIDOS

Con Carbonell habría que refutarles a los críticos (o deberíamos decir más bien, escépticos, ya que las críticas, aunque frecuentes y numerosas, no se dan a conocer editorialmente con la misma asiduidad³⁴) del neoconstitucionalismo, para quienes no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificar tales elementos, diciéndoles que la novedad está en el conjunto, es decir, en la confluencia de los tres elementos estudiados. Si se toma cada uno de los eslabones por separado no se visualizaría la relevancia del neoconstitucionalismo en Colombia con su real dimensión, ya que si bien la génesis se dio con la promulgación de una nueva Constitución, a partir de ahí la jurisprudencia y los desarrollos teóricos se han enriquecido mutuamente, pues, de un lado, el hecho de que la jurisprudencia haya empezado a incorporar en sus *Ratios* autores o tradiciones teóricas transnacionales ha puesto de presente la necesidad por parte de las facultades de acometer el estudio de los paradigmas jurídicos a los cuales la Corte recurre en sustento de su jurisprudencia, la cual, entonces, se ha establecido en una especie de filtro respecto a qué materiales jurídicos académicos que hacen aparición en el escenario intelectual transnacional sirven, digamos, para reconocer tal tipo de derechos o para clarificar la interpretación de determinadas disposiciones constitucionales; de otro lado, la academia se ha encargado de insertar en "el espíritu de nuestros tiempos" (o *Zeitgeist*) diversas teorías y paradigmas jurídicos, así como las tesis de otras latitudes constitucionales, de los cuales la jurisprudencia se ha nutrido y gracias a las cuales igualmente ha evolucionado.

No obstante encuentro en dos críticas recurrentes al nuevo derecho omisiones que podríamos examinar para determinar en qué grado son

³⁴ Como un ejemplo pueden observarse las columnas de Javier Tamayo Jaramillo, quien enderezó una polémica con Diego López Medina, desarrollada en varios números del periódico *Ambito Jurídico*: 23 de mayo a 5 de junio, 2005; 18 al 31 de julio de 2005; 21 de mayo al 3 de junio de 2007; a esta última López Medina respondió en el número correspondiente a 13 a 26 de agosto de 2007.

ellas fundadas o infundadas, o en qué grado lo son nuestras objeciones a las mismas.

4.1. Entender el carácter de “nuevo” en sentido absoluto

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

Además de que lo novedoso de nuestro derecho a partir de 1991 no radica exclusivamente en un aspecto puntual sino en la intersección de los tres (examinados atrás), considero que el “nuevo derecho” no puede entenderse como “nuevo” en sentido absoluto, pues posee una larga y conocida tradición teórica en el mundo occidental. Luis Recasens Siches en su libro de 1956, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, determinó los perfiles que lo sustentan. Bien podríamos referirnos a un nuevo derecho en un medio como el nuestro, donde la hegemonía del dogmatismo formalista del siglo XVIII propio de la Constitución de 1886 pervivía anquilosado en numerosas “academias” jurídicas, por la aspiración, no únicamente nacional, sino global (tribunales constitucionales como los de España, Bolivia, Sudáfrica e India³⁵), que se venía gestando desde la Escuela Histórica de K. F. von Savigny (Hernández, 1981), la Jurisprudencia de Valores alemana y desde autores como el segundo Ihering y su Jurisprudencia Teleológica³⁶, de romper con la exégesis en la interpretación del derecho.

³⁵ Respecto a los derechos sociales, un análisis sobre este punto se encuentra en Sunstein (2004).

³⁶ A la cual la releva la Jurisprudencia de Intereses de (1961).

Recasens argumenta que la corriente antiformalista del derecho consolida una nueva teoría de la interpretación jurídica³⁷.

Si bien el nuevo derecho en Colombia dista mucho de ser "nuevo" (en el referido sentido objetivo, e independientemente que se haya constituido y generalizado mediante la recepción tardía de diversas tendencias transnacionales), es a todas luces novedoso que las principales instituciones judiciales del país recurran en sustento de sus decisiones controversiales a la doctrina y a la jurisprudencia extranjeras, así como a diversas obras y tradiciones teóricas que ya han mostrado réditos significativos en diversas jurisdicciones constitucionales.

4.2. Entender el "nuevo derecho" como un modelo teórico uniforme

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

García Amado (2008), por ejemplo, ha criticado el fenómeno neoconstitucionalista en general debido a que

no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y de allá, más contruidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy y, muy en particular, en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados.

³⁷ Representada por J. Bentham, O. Holmes, K. Ehrlich, R. Pound, J. Dewey, C. Cossio, P. Levi, el realismo jurídico, T. Viehweg y F. Carnelutti. Ver, Recasens Siches (1956: cap. 2).

En contra podríamos asistimos de una interesante tesis que, para nuestro propósito, tiene poder explicativo: en una expresión de Wittgenstein (1969), el nuevo derecho en Colombia posee efectivamente un “aire o parecido de familia”³⁸ (pp. 324-325), es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan como los miembros de una familia. Sus parecidos nos permiten utilizar el mismo concepto (“nuevo derecho”) para referirnos a todos los modelos existentes. En lugar de hacer referencia *al* nuevo derecho como una teoría monolítica, sistemática y perfectamente delineada, podría sustentarse entonces la existencia de escuelas y doctrinas que hacen parte de variopintas escuelas y provienen de distintos países. Puede entenderse más adecuadamente, entonces, como una especie de ‘mosaico de tendencias’ o un conjunto de concepciones teóricas del orden constitucional, político y judicial. En otras palabras, el nuevo derecho no es como un queso Gouda que se ve igual y sabe igual por donde se le corte.

La referida falta de determinación teórica no es óbice para criticar los cometidos neoconstitucionalistas de las principales facultades de derecho del país o de la Corte Constitucional. Más bien es una exhortación para no demorar el deber de avanzar hacia una cada vez mayor sofisticación de nuestro derecho constitucional a partir de su progresiva clarificación conceptual y fundamentación teórica, así como de la delimitación de su contenido; tarea ésta en la cual las subreglas están llamadas a desempeñar un papel de singular importancia. Las teorías que hacen parte del nuevo derecho –sometidas a un tamiz riguroso respecto a su recepción– están en capacidad de contribuir a tal obligación judicial y académica.

Las necesidades contextuales de recepción y aplicación tendrán que ser producto de estudio posterior. Baste por lo pronto concluir este aparte señalando que desde que se estableció una nueva Constitución, su protección y –fundamentalmente– su aplicación judicial fue haciendo cada vez más imperativa la necesidad de contar con andamiajes teóricos

³⁸ Adeudo esta referencia a Vicente Durán Casas.

y estructuras conceptuales de las que hasta ese momento se carecía. Autores, bien se sabe, como Alexy y Dworkin habían proveído teorías a partir de la década del ochenta a las cuales tempranamente los juristas colombianos acudieron en sustento de la nueva estructura constitucional que, aun hoy, se continúa edificando. Fueron, pues, las necesidades contextuales propias de una jurisprudencia que, seguidora del principio de legalidad, ha procurado cada vez más sofisticadamente propender hacia la realización del ambicioso proyecto social que encarnan nuestros postulados constitucionales.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de las normas por medio de la intervención del juez, la cual, como se lee en la T-406/92

no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica³⁹.

Por el nuevo derecho los jueces no pueden esconderse tras aquello de que "la ley es dura pero es la ley" ante un caso no tipificado con una consecuencia manifiestamente injusta. De esta forma es como, en últimas, se atiende la pretensión de corrección del derecho que nos enseñara Alexy, en virtud de la cual se indica que la sentencia judicial debe ser racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, porque en el discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y la respectiva indicación de las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que "Las decisiones de los jueces

³⁹ Sentencia T-406 de 1992.

deben basarse en decisiones racionales”⁴⁰. La decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección que implica una pretensión de justificabilidad. Esta pretensión permite al derecho corregir las deficiencias del procedimentalismo legal injusto sin necesidad de vulnerar la estructura del andamiaje jurídico.

En un país como el nuestro, en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos no depende de la ley sino de su consagración constitucional⁴¹, los jueces ya no pueden ejercer justicia trasmitiéndole la responsabilidad de sus decisiones a otro agente jurídico, en este caso el legislador, usando una técnica de argumentación que es la tipificación en normas, escudándose en la falta de positivización de los derechos para dejar de protegerlos. Este tipo de juez, anclado en el dogmatismo formalista de la Constitución de 1886, renuncia a su función en el marco de un Estado Social vulnerando, por ejemplo, el nuevo derecho en lo concerniente a la justiciabilidad de los derechos sociales⁴². El juez del nuevo derecho puede y, más que eso, *debe*⁴³, determinar en casos concretos la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, por lo que requiere una mayor profundidad moral, política y social para desempeñar su función; debe ser más fuerte y ya no solamente el burócrata, y admite abiertamente que es él quien decide, y no la ley. Este juez deberá responder más directamente sobre las implicaciones políticas y sociales de sus decisiones, sin poder pasarle a otro tercero la responsabilidad del fallo, y administrará efectivamente justicia de-construyendo los mandatos constitucionales, caracterizados por la textura abierta de sus normas y la diversidad de sus formas⁴⁴.

⁴⁰ BVerfGE 34, 269 (289). Cit. en Alexy (1997, p. 19).

⁴¹ Sobre la diferencia entre este constitucionalismo y el constitucionalismo europeo con relación a la separación entre derechos y ley respecto a la protección de los derechos, ver Zagrebelsky (2002).

⁴² Los cuales se refieren a los derechos a un mínimo social para la satisfacción de necesidades básicas como el vestido, la comida, la vivienda, la asistencia médica, la educación, la recreación, el trabajo y la seguridad social.

⁴³ Ver la grabación de la ponencia de Rodolfo Arango en la *Conference on Constitutional Courts*. Washington University School of Law, Institute for Global Legal Studies, . 1-3 de noviembre de 2001. <http://law.wustl.edu/igls/webcastcccnov01/arango.ram>

⁴⁴ Normas clásicas, completas, de aplicación inmediata, programáticas, de habilitación de competencias, que consagran valores, que prohíjan principios, que contemplan fines, según ha señalado la Corte Constitucional. Ver: SC-531/93.

El nuevo derecho ha dejado claro que cuando la ley no sirve, e incluso se opone, para alcanzar la justicia, la ley tiene que retroceder ante la justicia, pues para garantizar la protección de la democracia los jueces no tienen alternativa frente a la necesidad de invalidar las normas que contrarían la autoridad de la Constitución. Claro que para llegar a esta conclusión y definir claramente qué normas en qué casos contrarían la autoridad de la Constitución, los jueces tienen que asumir una amplia visión sobre el significado de la democracia y deben contar con una cierta teoría que sustente la manera debida de realizar la interpretación constitucional. Así se garantizará la concreción de sus postulados y, en últimas, garantizará el acceso a la justicia en las situaciones ordinarias mediante la protección de los derechos vulnerados.

Frente a la exigibilidad de los derechos sociales, por ejemplo, el juez del nuevo derecho debe inscribir sus fallos en una corriente que resulte congruente con el ideal del constitucionalismo del Estado Social de Derecho, propugnando la legitimidad y fundamentalidad de los derechos sociales al considerar que los derechos civiles y políticos no son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, de forma que se preserven los derechos liberales, pero se extienda la protección a los derechos sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado (López Medina, 2006, pp. 439-440). Al respecto resultan más que ilustrativas las palabras de Rodolfo Arango, uno de los más reputados autores colombianos que defienden la justiciabilidad de los derechos sociales:

La concepción democrática resultante de tomarse en serio no sólo los derechos de libertad sino igualmente los derechos sociales, no es el pálido y escuálido espectro de la democracia formal. Mas bien ella corresponde a la concepción republicana y aristotélica de la democracia que favorece y permite el florecimiento de la persona humana y que –como diría Dewey– tiene por objeto liberar la inteligencia de todos para emplearla en la resolución de los problemas sociales⁴⁵.

⁴⁵ Palabras en el lanzamiento del libro en Manizales. Palacio Nacional de Justicia, 5 de agosto de 2005. De su autoría ver principalmente (2005).

Realizar una lectura desde el nuevo derecho frente al cambio en el rol tradicional del juez implica lograr una constitucionalización cada vez más sólida del derecho de acceso a la administración de justicia que propende sin duda por su consolidación como un verdadero derecho fundamental. Así, el acceso a la administración de justicia se apuntala como el principal derecho para tener derechos.

Los opositores no acérrimos del nuevo derecho en Colombia deberían reconocer, como lo hizo William James en el prefacio de su clásico *Pragmatismo*, que a pesar de no gustarles el nombre que se le ha dado al movimiento, es ya aparentemente demasiado tarde para intentar cambiarlo (James, 1943: xiii). El “nuevo derecho” en Colombia sólo puede entenderse adecuadamente como “entelequia” en el sentido aristotélico de este concepto, es decir, como fenómeno que está en vías de alcanzar su mejoramiento y cuyo diáfano y pleno entendimiento todavía requerirá algunos años de un debate que esté librado del dogmatismo entorpecedor y del aislamiento disciplinar.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis comentaristas en el Foro de la Universidad de los Andes, Diego López Medina, Antonio Barreto y Helena Alviar, así como a Tatiana Alfonso y Francisco Ayala, por sus observaciones críticas; agradezco también a Miguel Carbonell, Rodolfo Arango, Pierluigi Chiassoni, Gonzalo Ramírez Cleves, José Fernando Reyes y Vicente Jaime Ramírez por los diálogos sostenidos sobre las cuestiones analizadas, y a Juan Antonio García Amado por la facilitación de una importante bibliografía. Conste también la claridad de que sólo al autor deben atribuirse los yerros subsistentes.

Referencias

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos* (2ª ed.). Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALEXY, R. (2004). *Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

- ARANGO, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre - Uniandes.
- ARANGO, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARANGO, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- ATIENZA, M. (1993). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AUSTIN, J. (1998). *The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianápolis: Hackett.
- BARAK, A. (2006). *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). El neoconstitucionalismo a debate. En M. CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie Temas de Derecho Público N° 76.
- BERNAL, J. y MONTEALEGRE, E. (2004). De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable. En *El proceso penal: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio* (5ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BICKEL, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Suprema Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Pres.
- CARBONELL, M. (Ed.). (2006). *Neoconstitucionalismo(s)* (3ª ed.). Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M. (Ed.). (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M. (2008). *El neoconstitucionalismo en América Latina: una perspectiva teórica*. Me baso en la versión inédita facilitada por el autor.
- FIX FIERRO, H. y VÁSQUEZ, R. (comps.). (2004). *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CÁRDENAS, A. (1982). Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano. En *Ponencias del III Congreso de filosofía latinoamericana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

- DWORKIN, R. (2007). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos? (Vers. cast. de Leonardo García J.). En *Estudios de Derecho*, N° 144, año LXIV. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín.
- ESTRADA, A.J. (2000). *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (5ª ed.). Madrid: Trotta.
- GARCÍA, E.A. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2008). *Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores*. Me baso en la versión inédita facilitada por el autor.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2006). La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional* (3ª ed.). México D.F.: IJUNAM, Fontamara.
- GUTIÉRREZ GIRARDOT, R. (1980). “La cultura de viñeta” y “La historia universal desde la Sabana”. En *Manual de historia de Colombia*, T. III. Bogotá: Colcultura.
- HART, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon press (2nd ed.). Vers. cast. de Genaro Carrió (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HECK, P. (1961). *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ariel.
- HERNÁNDEZ, A. (1981). *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas.
- HOLMES, O.W. (1964). *The Common Law*. “Lecture I. Early Forms of Liability”. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- HOLMES, O.W. (1996). *The Path of the Law*. Bedford: Applewood.
- JAMES, William (1943). *Pragmatism*. New York: Longmans.
- KAUFMANN, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HASSEMER, W. (Ed.). (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- KELSEN, H. (1994). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- KENNEDY, D. (2003). Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968. En *Suffolk University, Law Review*, XXXVI (3).

- LOPERA, G.P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Bogotá: Legis, Universidad de los Andes.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2001). *Comparative Jurisprudence: Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America*. Tesis doctoral, Harvard Law School. Citado en Kennedy (2003, pp. 635)
- LUHMANN, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge & Kegan.
- MANERO RUIZ, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- MEJÍA QUINTANA, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- MEJÍA QUINTANA, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- MORESO, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la indeterminación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NANCLARES, A. (2001). *Los jueces de mármol*. Prólogo de Carlos Gaviria. Medellín: La Pisca Tabaca.
- NORTHROP, F.S.C. (1959). *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*. Boston: Little Brown.
- NÚÑEZ, J.A. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis.
- POPPER, Karl (1994). Mi concepción de la filosofía. En *En busca de un mundo mejor*. Barcelona: Paidós.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Cap. 2: "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones". Madrid: Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. CARBONELL (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- RECASENS SICHES, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México D.F.: Porrúa.
- SASTRE ARIZA, S. (2006). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (3ª ed.). Madrid: Trotta.
- SIERRA MEJÍA, R. (Ed.). (1985). *La filosofía en Colombia (siglo XX)*. Bogotá: Procultura.

- SCHNEIDER, H.-P. (1991). *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SUNSTEIN, C. (2004). *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books.
- SUNSTEIN, C. (1997). Why Markets Don't Stop Discrimination? En *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press.
- UPRIMNY, R. (1997). Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En VV.AA. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones rosaristas.
- BOTERO, C. et al. (2006). *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- VILLAR BORDA, L. (1991). *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Temis.
- WECHSLER, H. (1959). Toward Neutral Principles of Constitutional Law. En *Harvard Law Review*, 73.
- WITTGENSTEIN, L. (1969). *Philosophische Untersuchungen* (pp. 324-325). Frankfurt: Suhrkamp. Adeudo esta referencia a Vicente Durán Casas.
- ZAGREBELSKY, G. (2007). Jueces constitucionales. En M. CARBONELL (2007).
- ZAGREBELSKY, G. (2002). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Sentencias de la Corte Constitucional

T-406 de 1992	C-531 de 1993	C-131 de 1993
C-083 de 1995	T-260 de 1995	SU-640 de 1995
T-438 de 1996	T-322 de 1996	T-606 de 1997
SU-047 de 1999	T-450 de 2001	T-137 de 2003
ST-119 de 2005		