

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL CONTEXTO  
DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO.  
EL CASO COLOMBIANO\*  
*NEW DOCTRINES OF PUBLIC LAW  
IN THE CONTEXT OF LAW INTERNATIONALIZATION.  
THE COLOMBIAN AFFAIR*

Leonardo GARCÍA JARAMILLO\*\*

**RESUMEN:** Colombia es uno de los países de la región en los cuales mayores efectos han tenido los procesos de internacionalización del derecho constitucional que por cuenta de doctrinas neoconstitucionales ha demostrado paulatinos pero importantes influjos en la jurisprudencia de las otras jurisdicciones, además de la constitucional, en el derecho privado, en el imaginario de los ciudadanos que conocen sus derechos y saben cómo ejercer acciones para su efectivo cumplimiento, así como en la mentalidad de los nuevos juristas que se forman bajo un paradigma completamente distinto respecto del dominante, bajo la égida de la Constitución de 1886.

**Palabras clave:** Colombia, derecho constitucional, neoconstitucionalismo, jurisprudencia.

**ABSTRACT:** Colombia is one of the countries in the Latin-American context where most significant effects have rendered the process of Constitutional Law internationalization. Due to the new doctrines of public law, Colombian law has demonstrated gradual but important influences in overall case law, private law, citizenship imaginary on rights and its protection, as well as in jurist mentality that has been actually educated under a completely different paradigm with respect to the dominant one under the aegis of previous Constitution, enacted in 1886.

**Keywords:** Colombia, constitutional law, new doctrines of public law, case law.

\* Artículo recibido el 11 de mayo de 2011 y aceptado para su publicación el 30 de noviembre de 2011. Este texto sirvió de base a la conferencia impartida en el Simposio “Humboldt” Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional, realizado en octubre de 2010 en la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Laura Clérico, Rodolfo Arango, Miguel Carbone y Roberto Gargarella por sus observaciones.

\*\* Profesor en el Departamento de Humanidades y Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT en Medellín, Colombia.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLV, núm. 133,  
enero-abril de 2012, pp. 93-118

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El “neoconstitucionalismo” y los procesos de internacionalización del derecho constitucional*. III. *Creación jurisprudencial de derechos fundamentales*.

## I. INTRODUCCIÓN

Mi tema es la internacionalización del derecho constitucional colombiano, analizada desde algunas de sus características recientes más conspicuas. El objeto de estudio no se ha demarcado por chovinismo, ya que es ampliamente reconocido por la academia jurídica regional que los desarrollos constitucionales (teóricos y jurisprudenciales) acontecidos en tal país, constituyen avances significativos en la aplicación del derecho en contextos de desigualdad.<sup>1</sup> La jurisdicción constitucional colombiana se suele citar como una particularmente alineada con causas progresistas, que toma medidas tendientes a controlar el (hiper) presidencialismo y comprometida con tesis neoconstitucionales como —respecto de la Constitución, por ejemplo— interpretación sistemática, naturaleza normativa, fuerza vinculante, contenido sustantivo, garantía jurisdiccional y modelo axiológico, y —respecto de los derechos fundamentales, por ejemplo— eficacia entre particulares, interpretación extensiva, efecto de irradiación a todo el ordenamiento jurídico y contenido esencial.

Las dos hipótesis del trabajo son las siguientes: 1) El “neoconstitucionalismo” enmarca los procesos de internacionalización del derecho constitucional que se han venido desarrollando en América Latina desde cuando varios países empezaron a cambiar sus Constituciones, o a incluirles reformas,<sup>2</sup> lo cual condujo a un cambio en los sistemas

<sup>1</sup> Ni tampoco por facilismo, ya que debido al alto número de sentencias que profiere la Corte Constitucional (casi 1000 sentencias en 2009, además de 327 autos de cumplimiento) y a la profusión de cualificada literatura jurídica en el ámbito constitucional durante la última década, sólo la revisión y análisis de fuentes es un trabajo nada desdeñable, máxime cuando se trata de reconstruir líneas de trabajo específicas.

<sup>2</sup> Colombia 1991, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente. Venezuela 1999, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente, luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abril 25) a favor de una nueva Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (diciembre 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (julio 25) y sometido el texto definitivo

jurídicos con graduales pero significativas repercusiones de índole política, cultural y doctrinaria. 2) Sin atisbo alguno de exageración puede afirmarse que Colombia es uno de los países en los cuales mayores efectos han tenido los procesos de internacionalización del derecho constitucional. Si bien entre los argumentos que contribuyen a demostrar la validez de la segunda hipótesis se encuentran las transformaciones normativas y las transformaciones teóricas, por el espacio asignado sólo me concentraré en el primero.<sup>3</sup>

## II. EL “NEOCONSTITUCIONALISMO” Y LOS PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El concepto se empezó a usar hacia 1995 por parte de algunos teóricos del derecho de la Universidad de Génova, fundamentalmente: Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci.<sup>4</sup> Pozzolo impartió una conferencia en el XVIII Congreso de la IVR celebrado en Buenos Aires en 1997,<sup>5</sup> por cuya versión castellana publicada en

vo a referendo constitucional aprobatorio (septiembre 28). Bolivia 2009, promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo que tuvo participación del 91% del censo. Respecto de las reformas, vale la pena mencionar la que en 1994 se introdujo en Argentina sobre, entre otros aspectos, la ampliación de los efectos de los derechos fundamentales.

<sup>3</sup> Sobre el segundo, inicié un análisis en mi contribución al volumen colectivo Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

<sup>4</sup> Pozzolo, S., *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; *id.*, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*; *id.*, “Neoconstituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bolonia, Società Editrice Il Mulino, núm. 2, diciembre del 2008; *id.* y Ramos, É. O., *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação mora da Constituição*, São Paulo, Landy, 2006; Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006; *id.*, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstituzionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009; Comanducci, P., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.* Dentro de los trabajos pioneros también se encuentra: Mazzarese, T. (comp.), *Neoconstituzionalismo e tutela (sovrà) nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.

<sup>5</sup> Pozzolo, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998.

la revista *Doxa* se puede referir al acuño del concepto. El objetivo era designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afin de aproximarse al derecho. En su génesis se encuentra una necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas, no sólo para describirlas sino también para objetarlas. De aquí deriva la diversidad misma de posiciones que se acogen bajo la fenomenología neoconstitucional.

Pozzolo hizo referencia a un movimiento teórico que comparte algunas tesis sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, y sobre los problemas que traen aparejadas dichas actividades. La interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución. Los principales representantes de la doctrina serían, a su juicio, Dworkin (*Freedom's Law*), Alexy (*El concepto y la validez del derecho*), Zagrebelsky (*El derecho dúctil*) y, “sólo en parte”, Nino (*La constitución de la democracia deliberativa*). El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo, pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación entre el derecho y la moral, ha desembocado en una caracterización —crítica la mayoría de las veces— iusnaturalista hacia emblemáticos representantes del neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino.<sup>6</sup>

El neoconstitucionalismo se ha asentado en la teoría jurídica iberoamericana y sus principales instituciones judiciales han comenzado a realizarse en la práctica de la aplicación de los derechos en algunos países. Juan Antonio García Amado es un crítico acérrimo de la manera en la cual se han sustentado e implementado las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, en particular las tesis sobre la inter-

<sup>6</sup> Sobre la cuestión, véase Alexy, R. y Bulygin, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado, 2001; Dworkin, R., “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, núm. 2, 1982; Alexy, R., *El concepto y la naturaleza del derecho*, prólogo de C. Bernal Pulido, Barcelona, Marcial Pons, 2008; Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I: *Introduzione*, Bari, Laterza, 2007.

pretación de las provisiones constitucionales mediante el principio de proporcionalidad y sobre la concepción de la fuerza normativa de la Constitución.<sup>7</sup> Recientemente reconoció, no obstante, que si bien son un tanto difusos los perfiles de la corriente neoconstitucional, ello no impide que se pueda hablar ya de un “canon neoconstitucional”.<sup>8</sup> Pedro Salazar Ugarte, en una reconstrucción del garantismo y un enfoque crítico del neoconstitucionalismo para mostrar sus diferencias, reconoce en efecto que una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al derecho constitucional contemporáneo “en el ámbito italo-iberoamericano”,<sup>9</sup> es precisamente el neoconstitucionalismo. El uso vertiginoso del concepto en la terminología iusfilosófica y constitucional en dicho ámbito, implicó que se ha extendido su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.<sup>10</sup> Conviene, por tanto, procurar una mayor claridad analítica a partir de una caracterización que permita mostrar qué objetivo condujo al acuño del concepto y qué objeto identifica. Se contribuye además así a validar la propia discusión neoconstitucional en Iberoamérica porque, como toda ciencia social, las teorías jurídicas aspiran a realizarse en la práctica.

<sup>7</sup> Sus trabajos sobre el tema son: “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivo de Filosofía del Derecho*, vols. XIII-XIV, 1996-1997; “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, *Berbiquí*, núm. 30, 2005; “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en Mantilla, F. (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008; “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*; “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy”, en Bonorino, P. R. (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok Publishing, 2010; “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Sanín, R. (ed.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis-Universidad Javeriana, 2006; versión posterior incluida en Alexy, R. *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

<sup>8</sup> García Amado, J. A., “Prólogo”, en Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

<sup>9</sup> Salazar Ugarte, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, en Vázquez Casielles, Rodolfo (ed.), *Normas razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011. Véase, asimismo, *id.*, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006.

<sup>10</sup> Pozzolo, S., “Reflexiones sobre la concepción...”, *cit.*

Además de conservar los principios del Estado de derecho —introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación— como la separación de poderes, la importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el Estado de derecho. Desde el canon trasnacional que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del Estado constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo “ingenuo” de la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la exégesis,<sup>11</sup> hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo” (según la denominación de la jurisprudencia germana en el fallo *Liith* de 1958).<sup>12</sup>

Las tesis medulares y las características del neoconstitucionalismo serían:

I. Se reconoce actualmente un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico en la medida en que se adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo ideológico del Estado social, o constitucional, de derecho.

II. El neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”. Las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse debido a la incorporación constitucional de principios morales como libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana.

<sup>11</sup> “Formalismo ingenuo” porque las doctrinas sustentadas por ambas escuelas respecto de la decisión judicial comportaban la negación absoluta de la discrecionalidad. La convicción en ciertas características del sistema jurídico (básicamente: completitud —no hay lagunas—; coherencia —no hay antinomias—; diafanidad —no hay necesidad de interpretarlo—) formalizaba la decisión del juez en la medida en que consistía entonces sólo en la estructuración de un razonamiento silogístico a partir de premisas acabadas. García Amado, J. A., “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre de 2006.

<sup>12</sup> Cruz, L., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005. Sobre los tres puntos fundamentales de esta sentencia respecto del neoconstitucionalismo, véase Alexy, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

III. Las nuevas Constituciones tienen normas de carácter dogmático que garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados, además de normas orgánicas que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público.

IV. Como novedad determinante se cuenta que las Constituciones contemporáneas contienen un catálogo de derechos que no sólo está integrado por los clásicos de libertad, sino también por derechos sociales. El contenido de la Constitución es sustantivo.

V. El aumento del número y el tipo de derechos en las Constituciones contemporáneas ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La más significativa invención procesal a este respecto es el recurso de amparo (o, como se denominó en Colombia, acción de tutela).<sup>13</sup> Como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, la tutela ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

VI. La naturaleza normativa de la Constitución significa que se trata de una norma jurídica propiamente que, además de validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico, admite la aplicación directa de sus provisiones en casos concretos. Las normas de la Constitución son, además de programáticas, “preceptivas” que se aplican directamente.

VII. En tanto propiamente norma jurídica, la Constitución posee el principal atributo de esta clase de normas, a saber: la fuerza vincu-

<sup>13</sup> Dentro de los principales estudios se encuentran Cepeda, M. J. (coord.), *La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado*, Bogotá, Presidencia de la República-Imprenta Nacional, 1992; Osuna, N., *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado, 1998; Barreto, A., “Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”, en varios autores, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 1999; Arango, R., “La jurisdicción social de la tutela”, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; Botero Marino, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006; Pérez Restrepo, B., *La acción de tutela*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2003; Esguerra, J. C., *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004; Barreto, J. V., *Acción de tutela. Teoría y práctica*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 2001.

lante, la posibilidad de que sus mandatos sean obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos.

VIII. Mediante la aplicación directa de la Constitución, por cuenta de su naturaleza normativa y a partir de su fuerza vinculante, se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

IX. Además de imponer límites al legislador, respecto de los mecanismos para tramitar sus propias reformas (actos legislativos) y para promulgar leyes, las Constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos, ya que se asiste a un tránsito de la Constitución, como límite al orden jurídico, hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.<sup>14</sup>

Por el valor programático de las Constituciones anteriores, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. Actualmente, los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio.

X. Se adopta, entonces, el modelo axiológico de la Constitución como norma. Los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos de defensa, sino también enuncian un sistema de normas, de principios (Lüth). Los derechos fundamentales expresan un sistema cultural de valores o bienes, tal como afirma Smend.<sup>15</sup> La Constitución está cargada de un valor intrínseco: es un valor en sí.<sup>16</sup>

XI. La Constitución se interpreta sistemática en lugar que aisladamente. Los jueces (en general, no sólo los magistrados)<sup>17</sup> asumen en

<sup>14</sup> Aguiló, J., “Sobre la Constitución en el Estado constitucional”, *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001, pp. 454, 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*

<sup>15</sup> Verdú, P. L., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

<sup>16</sup> Dogliani, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión resultan iluminadoras las tesis del movimiento “constitucionalismo democrático”, en particular aquella según la cual ninguna de las ramas del poder podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el signifi-

su actividad que el sentido de las provisiones iusfundamentales se extrae concibiendo a la Constitución como un todo, en lugar que como una agregación de normas que se interpretan una por caso. Se articulan directamente, en la interpretación para resolver un caso, diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (efectividad de los derechos sociales, por ejemplo).

XII. Además de reglas, los ordenamientos jurídicos actualmente están integrados por principios, los cuales se representan conspicuamente en las provisiones contenidas en los derechos fundamentales.<sup>18</sup> El contenido normativo del derecho ya no está circunscrito sólo por reglas, sino también por principios-derechos fundamentales que se pueden determinar en derechos subjetivos concretos.

Enfatiza Alexy que de forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las Constituciones democráticas contemporáneas contienen otra clase de normas, aquellas que tanto limitan como encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales.<sup>19</sup>

XIII. Como consecuencia tanto de la naturaleza normativa de la Constitución como de su contenido sustantivo, debido al amplio catálogo de derechos que posee, se producen múltiples mundos constitucionalmente posibles. Lo anterior se reafirma por la característica

cado de la Constitución, defendida por Post y Siegel (“Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 1027, 2004), así como por Kramer, L. (*The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004). Otros miembros del movimiento son Graber (“The Law Professor as Populist”, *University of Richmond Law Review*, vol. 34, núm. 373, 2001), Levinson (“Constitutional Populism: Is It Time for ‘We the People’ to Demand an Article Five Convention”, *Widener Law Symposium Journal*, vol. 4, núm. 211, 1999), Reed (“Popular Constitutionalism: Toward a Theory of State Constitutional Meanings”, *Rutgers Law Review*, vol. 30, núm. 871, 1999) y Tushnet (*Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1999).

<sup>18</sup> Planteamientos en los que Alexy sigue a Dworkin, de quien pueden consultarse al respecto, “Is Law a System of Rules?”, en Dworkin, R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977; *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989; “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996. De Alexy, además de la mencionada *Teoría de los derechos fundamentales*, puede consultarse “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, 1988.

<sup>19</sup> Alexy, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*

fundamental del lenguaje en el cual se expresan los principios que integran la Constitución, cual es la “textura abierta”.<sup>20</sup>

El que se aluda a un “principio” constitucional, implica que las disposiciones de derecho fundamental son indeterminadas, lo cual a su vez implica que los intérpretes deben llevar a cabo su concreción<sup>21</sup> cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”.<sup>22</sup>

XIV. El lenguaje de los derechos es de textura abierta, por lo que las provisiones son en principio indeterminadas en la medida en que no se precisan en el propio texto las potenciales colisiones ni las formas de resolverse, así como tampoco las condiciones de precedencia de unos derechos fundamentales sobre otros.

XV. Interpretación extensiva o amplia de los derechos, en virtud de la cual no se restringe el alcance de las disposiciones por una literalidad, sino que se adopta una postura que dota a las normas de contenido adicional al expresamente señalado, y que permite extraer del texto constitucional normas implícitas.

XVI. Las leyes se interpretan conforme a los mandatos constitucionales, pues cuando hay una disyuntiva interpretativa donde ambas opciones son admisibles, se debe optar por aquella favorable a algún mandato constitucional.

XVII. La labor judicial se complejiza. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva.<sup>23</sup> En los casos en los cuales la Constitución habla con voz incierta o con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito de las normas constitucionales para determinar

<sup>20</sup> Hart, H. L. A., “The Open Texture of Law”, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 1994.

<sup>21</sup> Para una sólida argumentación sobre este punto, véase Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 99 y ss.

<sup>22</sup> Se refiere, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo: Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 87 y 108.

<sup>23</sup> Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

su contenido prescriptivo, y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

XVIII. El Poder Judicial *es* poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. En 1848 el constitucionalista chileno, José Victorino Lastarria, afirmaba que como todos los demás poderes, el Poder Judicial es un verdadero poder político del Estado.<sup>24</sup> Esta afirmación logró el efecto que esperaba muchos años después gracias a las transformaciones normativas y a la creación de instituciones que propenden por la garantía de estas dos características medulares del neoconstitucionalismo.

XIX. El Poder Judicial es entonces un verdadero poder público del Estado porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. El rol judicial no consiste sólo en la interpretación sino también en la creación y el desarrollo del derecho, así como en la protección de la Constitución.

XX. Como factor determinante de la labor judicial, la jurisprudencia ha instituido las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los principios constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción. Son cada vez más utilizadas herramientas como la ponderación que se utiliza metodológicamente para resolver conflictos que surgen entre los derechos fundamentales al aplicarse.

XXI. A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, más que a la consagración misma de los derechos en la Constitución, se debe su aplicación efectiva. La consagración de los derechos en el texto constitucional es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido que deben llevar a cabo los tribunales constitucionales.

XXII. La jurisprudencia entonces ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en

<sup>24</sup> Lastarria, J. V., *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

los derechos. En Colombia, conforme a su Constitución anterior (1886), las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, pero hoy por el contrario las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos.

XXIII. Desde el constitucionalismo del Estado de derecho, la jurisprudencia sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas, tomadas con antelación y sin carácter obligatorio. En la actualidad 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.

XXIV. La jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones. La jurisprudencia se ha constituido en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional.

XXV. Los principios integran el derecho no sólo por su consagración constitucional, sino también por el efecto de irradiación (por utilizar la expresión del fallo Lüth que Alexy retoma) de las provisiones iusfundamentales al resto del ordenamiento jurídico, lo cual hace omnipresente a la Constitución. El referido orden valorativo que representan dichas provisiones no sólo vale para todos los ámbitos del derecho, sino que también proporciona directrices e impulsos para la legislación.<sup>25</sup>

XXVI. La Constitución tiene garantía jurisdiccional, es decir, comporta la existencia de tribunales que deben propugnar por su propia supremacía, al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden cambiar la propia Constitución; resguarda el que la Constitución sea la norma de normas.

XXVII. Las transformaciones en la forma de concebir el derecho (la Constitución, los derechos subjetivos y su interpretación, así como

<sup>25</sup> El punto central del sistema valorativo objetivo lo constituye el derecho general a la personalidad y a la dignidad humana. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008, pp. 507 y ss.

la jurisprudencia) a las que procura responder el neoconstitucionalismo, tienen que ver también con la hasta ahora inédita posibilidad de que hayan normas formalmente válidas —desde Kelsen— pero sustancialmente inválidas —desde Dworkin—. Es decir, el concepto “Constitución” entendido desde una concepción lógico-jurídica no admite la invalidación de normas ante casos concretos. Dworkin sustenta la existencia de unos casos (“difíciles”) en los cuales la estricta aplicación del derecho conforme al criterio de validez, o no es posible o generaría efectos a su vez inconstitucionales porque violentarían principios fundamentales.

La labor de los tribunales y jueces constitucionales que se defiende desde las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, respecto de la garantía jurisdiccional de la Constitución, se relaciona con la admisibilidad de la declaratoria de nulidad de leyes, porque resultan violatorias de algún principio constitucional.

XXVIII. Es democrática la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de las reformas a la Constitución, porque contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la mera idea de “gobierno del pueblo”), sino también respeto a los derechos minoritarios.<sup>26</sup> Ofende a la concepción neoconstitucionalista el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática.<sup>27</sup>

XXIX. La tesis de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la superioridad e integridad de la Constitución, hacen que

<sup>26</sup> Dworkin ha insistido en esta idea. Véanse fundamentalmente sus trabajos, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*; “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

<sup>27</sup> Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase el trabajo de Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *op. cit.*

el texto fundamental irrigue todas las normas, desde las leyes, pasando por las normas departamentales y municipales, hasta los manuales de los colegios. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado está “impregnado” por las normas constitucionales.<sup>28</sup> La Constitución condiciona entonces, además de las fuentes del derecho (la legislación, la jurisprudencia y la doctrina), la acción de los actores políticos. Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución “invasiva”.

XXX. La Constitución debe ser rígida, es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma.<sup>29</sup>

XXXI. La transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba el efecto normativo de los derechos sólo en las acciones entre los entes públicos y los ciudadanos. Además del efecto de irradiación, los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal o hacia particulares,<sup>30</sup> ya sea eficacia horizontal directa o inmediata,

<sup>28</sup> Guastini, R., *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 153 y ss.

<sup>29</sup> Respecto de la situación colombiana, puede criticarse este punto de su diseño institucional porque, por ejemplo, resulta más difícil aprobar una ley de amnistía que una reforma constitucional. Artículo 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos”. Artículo 375, 2o. inciso: “El trámite del proyecto (de acto legislativo) tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara”. Es decir, para la ley se exigen dos tercios de ambas cámaras, mientras que para la reforma sólo mayoría simple de ambas cámaras. Con lo cual surge el cuestionamiento acerca de un gobierno que, incapaz de reunir las mayorías para aprobar una ley de amnistía, cambie la cláusula de aprobación de dicha ley mediante una reforma constitucional, para aprobar posteriormente dicha ley.

<sup>30</sup> Manuel José Cepeda, ex magistrado del tribunal constitucional colombiano, sintetiza como forma de “redistribución del poder social” uno de los mayores atributos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La práctica jurisprudencial ha mostrado ser una forma eficaz de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras. Cepeda, M. J., *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 104 y 238. En Colombia no se presentó el debate doctrinario ni el dilema procesal entre modelos en lo relativo a la eficacia horizontal, como aconteció en Alemania y España. La misma Constitución de 1991, al regular la tutela, se ocupó de la procedencia de las garantías en casos de violación de derechos fundamentales. Al ser

o eficacia horizontal indirecta o mediata, tal como se ha desarrollado en el discurso jurídico alemán.

Respecto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, hay que decir, con Hesse, que los derechos fundamentales influyen todo el derecho “no sólo cuando tienen por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.<sup>31</sup>

XXXII. Las tesis sobre el valor normativo de la Constitución y su fuerza vinculante, así como la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, comportan dos ideas: la Constitución no está dirigida solamente a las autoridades públicas, es decir rige también las relaciones entre particulares, y todos los jueces pueden aplicar la Constitución. La Constitución influencia determinadamente las relaciones políticas.

XXXIII. Los derechos fundamentales tienen un “contenido esencial”, es decir, si bien por no ser absolutos ceden y por tanto se restringen ante casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa a partir de su conformidad constitucional.<sup>32</sup> Es una de las

sometido a examen de constitucionalidad el decreto que reglamenta la tutela (2591 de 1991), la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares, sólo respecto de algunos derechos. Al examinar la conformidad con la Constitución de los apartes de su artículo 42, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe. Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular. Sentencias C-134 de 1994 (M. P. Vladimiro Naranjo M.) y T-507 de 1993 (M. P. Alejandro Martínez C.).

<sup>31</sup> Hesse, K., “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda *et al.* (eds.), *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 93.

<sup>32</sup> Esta figura doctrinaria se originó en la Ley Fundamental de Alemania, en cuyo artículo 19, inciso 2, se señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá

principales garantías de los derechos fundamentales en la medida en que configura la parte de indispensable cumplimiento del derecho para que el interés jurídicamente protegido sea en la realidad y, respecto al caso, efectivamente amparado.<sup>33</sup>

XXXIV. Como además de reglas los sistemas jurídicos contienen principios, adicionalmente a la subsunción como mecanismo metodológico para la aplicación del derecho, hay que contar con otro mecanismo para aplicar los principios. Este mecanismo es la ponderación que, como forma de argumentación, permite construir una jerarquía relativa de los principios respecto del caso concreto.<sup>34</sup>

XXXV. Los derechos fundamentales existen como parte del derecho positivo, es decir, tienen valor normativo pleno. Como las disposiciones de los derechos fundamentales delimitan su contenido, son el principal elemento de la estructura de estos derechos.<sup>35</sup> La positividad de los derechos es entonces un presupuesto de la ponderación. A partir de la institucionalización de los derechos en la Constitución, exis-

ser afectado en su contenido esencial”, y fue receptada en Colombia por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España por sus sentencias STC 011/1981 y STC 037/1987.

<sup>33</sup> T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes M.).

<sup>34</sup> Una de las discusiones más activas sobre el neoconstitucionalismo en América Latina tiene que ver con la racionalidad de este mecanismo para la aplicación del derecho, sobre la que puede consultarse la discusión entre Prieto Sanchís y García Amado, en la que interviene Bernal Pulido, publicada en la última sección del libro Carbonell, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. En concreto, véase Bernal Pulido, C., “La racionalidad de la ponderación”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, cap. 1. Si bien Bernal Pulido ha contribuido en sus investigaciones con el cometido de dotar de solidez algunas de las tesis cardinales del neoconstitucionalismo, al clarificarlas y al reconstruir algunos de los principales puntos de debate en torno a ellas, sostuvo que no defiende el neoconstitucionalismo como corriente teórica por los problemas de fundamentación que implicaría acometer esta tarea o, en otras palabras, considera que la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso. *Cfr.* con mi reseña publicada en *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, vol. 11, núm. 2., julio-diciembre de 2009. Versión posterior incluida en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, núm. 127, enero-abril de 2010.

<sup>35</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

ten en el mundo jurídico, lo cual tiene prioridad respecto de su fundamentación moral.<sup>36</sup>

XXXVI. En el contexto más general de la ponderación, el principio de proporcionalidad es un examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales que descalifica las intervenciones que suponen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos. Controla la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos, particularmente la que lleva a cabo el legislador en ejercicio de las competencias que la Constitución le otorga para concretar los derechos. Es una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer, en los casos difíciles, cuál es el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para los demás sujetos obligados por tales derechos.<sup>37</sup>

XXXVII. El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho, así como con la renovación de la filosofía del derecho como dice Ahumada, que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron conforme a Prieto Sanchís de marco conceptual al “Estado de derecho decimonónico”, y que es producto de la “singularidad” del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra.<sup>38</sup>

XXXVIII. Las Constituciones recientes de los países de la región reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira, por lo cual a su vez contienen numerosas cláusulas de realización progresiva.

<sup>36</sup> Ahondar en esta idea permitiría encontrar argumentos para rebatir la crítica hacia el neoconstitucionalismo, porque presuntamente acoge la idea de una “Constitución metafísica”.

<sup>37</sup> Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad...*, cit.

<sup>38</sup> Prieto Sanchís, L., “El juicio de ponderación”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; “El constitucionalismo de los derechos” y “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en Carbonell, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit.; Ahumada, M. Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005. Véase también, al respecto, García Figueroa, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

XXXIX. Las nuevas Constituciones comportan una nueva perspectiva sobre la nacionalidad, ya que el texto constitucional homogeneizaba a las personas según determinados criterios. En Colombia, por ejemplo, el plebiscito de 1958 decía que todos tenían que ser católicos y pertenecer al partido liberal o al conservador, pues de lo contrario prácticamente no se gozaba de derechos políticos. Religión, lengua y autoridad fueron los elementos a partir de los cuales la Constitución regeneracionista de Núñez y Caro (1886)<sup>39</sup> pretendía construir la nacionalidad colombiana.<sup>40</sup> Actualmente, no sólo se elimina la homogeneización vía normatividad, sino que se reivindica el pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la identidad civil latinoamericana.

### III. CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Respecto del influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo en Colombia, destacaremos dos concepciones y una de sus

<sup>39</sup> Sierra Mejía, R. (ed.), *Miguel Antonio Caro y la cultura de su época*, Bogotá, Universidad Nacional, 2002.

<sup>40</sup> Algunas de estas tesis neoconstitucionales son defendidas por Guastini, usando algunas veces otros términos, para precisar las condiciones de posibilidad del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, distinguiendo entre las partes y el todo. *Cfr.* Guastini, R., *op. cit.*, pp. 153 y ss. No considero desatinado ubicar algunas tesis como principales e independientes, en lugar que subsidiarias del proceso de constitucionalización. En un contexto determinado, por ejemplo, así dicho proceso haya acontecido mucho o poco, las condiciones de rigidez comportan características esenciales independientes de la constitucionalización; lo mismo considero que sucede con la garantía jurisdiccional, la fuerza vinculante y la interpretación extensiva de la Constitución, así como con el valor normativo de las provisiones contenidas en los derechos fundamentales. Respecto de la rigidez, Jon Elster observó sobre el caso colombiano que su Constitución “tiene requisitos relativamente débiles para pasar una enmienda constitucional: esta se hace por mayoría simple en cada cámara. En la mayoría de países se necesita una supermayoría, por lo general de dos tercios de los congresistas, que se establece en aras de ponerle controles legítimos a la voluntad de la mayoría popular”. *Semana.com*, 23 de junio de 2009 (4-6-09). Ferrajoli parece considerarlo de esta forma cuando sostiene que la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa. *Cfr.* Luigi Ferrajoli, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, en Ferrajoli, L. *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91 y 92.

consecuencias jurisprudenciales más significativas, a saber, la Constitución se interpreta sistemáticamente y los derechos se interpretan extensivamente; a partir de lo cual se han creado derechos fundamentales vía jurisprudencial. Las Constituciones contemporáneas positivizaron numerosos derechos, con posterioridad la jurisprudencia amplió dicho catálogo incluyendo derechos fundamentales innominados y se establecieron mecanismos judiciales para su garantía directa. Estas transformaciones corresponden a la idea germana de Estado democrático de derecho en virtud de la cual los derechos sociales y los civiles deben estar integrados.<sup>41</sup>

En Colombia, el capítulo sobre protección y aplicación de derechos contiene una “cláusula de derechos innominados”, en virtud de la cual la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.<sup>42</sup> Todo derecho constitucional orientado a lograr la realización de la dignidad humana, y siempre que sea traducible en derecho subjetivo, tiene la naturaleza de derecho fundamental en la medida en que guardar la integridad de la Constitución y mantener su supremacía implica sobre todo preservar la igual dignidad de todas las personas.<sup>43</sup>

El principio de la dignidad humana se constituye en un derecho fundamental autónomo porque hay un titular claramente identificado (persona natural), un objeto de protección más o menos delimitado y un mecanismo judicial para su protección (tutela). Respecto del objeto de protección del derecho es singularmente interesante referir que la Corte precisó, y ha desarrollado en numerosa jurisprudencia, tres

<sup>41</sup> Alexy, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, núm. 8, 2000; Benda *et al.* (eds.), *op. cit.*

<sup>42</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 94. El Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, en su artículo 2 señala en igual sentido, además de que la tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, que “Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”. Esta posibilidad coherente con la referida cláusula fue sometida a examen de constitucionalidad, encontrándose exequible en sentencia C-018/93 (M. P. Alejandro Martínez C.).

<sup>43</sup> T-859 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

dimensiones del derecho como ámbitos exclusivos de la persona.<sup>44</sup> Son ellos: el derecho a “vivir como se quiera”, es decir que se debe respetar un ámbito de *autonomía* de la persona como agente moral libre y por ende asegurar el derecho a plantearse un plan de vida y a seguirlo; el derecho a “vivir bien” con *condiciones mínimas de vida* sin las cuales las personas no tienen un mínimo de calidad de vida; y el derecho a “vivir sin humillaciones” mantener la intangibilidad de la *integridad física y moral*.

La dignidad en tanto derecho respecto de la segunda dimensión (“vivir bien”) se relaciona inescindiblemente con la concepción según la cual hay un mínimo de condiciones materiales necesarias con las que debe contar cualquier persona para desarrollar su proyecto de vida. Tal mínimo vital resulta entonces esencial en una vida sin humillaciones, una vida que en sentido kantiano merezca la pena ser vivida. El derecho a la vida, por cuya estructura de principio se consagró su inviolabilidad en general y sólo se precisó que no habrá pena de muerte,<sup>45</sup> se ha amparado jurisprudencialmente no sólo desde la dimensión de mera existencia, sino a partir de la vida digna.<sup>46</sup>

Con base en las dimensiones de la dignidad humana y en el modelo ideológico del Estado social de derecho, la Corte Constitucional empezó a desarrollar desde su primera jurisprudencia en 1992<sup>47</sup> la doctrina según la cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, justiciables judicialmente. El mínimo de condiciones materiales necesarias debe proveerlo el Estado en casos determinados y a partir

<sup>44</sup> T-881 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>45</sup> En similar y casi idéntico sentido se estableció en las recientes Constituciones de Ecuador (artículo 66. Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte), Venezuela (artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla) y Bolivia (artículo 15, I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte).

<sup>46</sup> Sentencia T-283/98 (M. P. Fabio Morón).

<sup>47</sup> T-426/92 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Llama la atención de esta sentencia la estructura y, sobre todo, el lenguaje en clave de dogmática iusconstitucional contemporánea. Se reconoce, por ejemplo, que la ponderación de intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales, el cual se protege de manera indirecta por la ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, prohibiendo las limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

del cumplimiento de ciertas condiciones. Tomó así partido la jurisprudencia constitucional colombiana en la discusión doctrinaria contemporánea sobre el carácter de los derechos sociales: son normas dirigidas al Estado para su cumplimiento progresivo, pero no derechos propiamente,<sup>48</sup> o son en efecto derechos subjetivos que por su estructura de principios, conforme a Alexy, se deben realizar en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.<sup>49</sup>

A partir de la interpretación sistemática de la Constitución y de la concepción en virtud de la cual los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr su garantía efectiva, la Corte ha encontrado, dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos fundamentales que ha creado en sentencias hito,<sup>50</sup> y que ha continuado su protección en líneas jurisprudenciales consolidadas. Uno de ellos es el mínimo vital,<sup>51</sup> el cual tiene relación directa y vincula a la dignidad. Es al respecto relevante la experiencia colombiana porque, como ha sustentado Rodolfo Arango, la doctrina del mínimo vital constituye uno de los principales aportes del constitucionalismo colombiano al desarrollo de los derechos fundamentales en sociedades “no bien ordenadas” que se caracterizan por situaciones estructurales de desigualdad y disfuncionalidad de mecanismos democráticos.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Sostenida, entre otros, por Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones. Derechos Sociales*, núm. 4, 2004; Laporta, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica”, en Betegón, J. et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004.

<sup>49</sup> Sostenida, entre otros, por Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.; Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Abramovich, V. y Courtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>50</sup> Sobre este concepto en el contexto colombiano, consúltese López Medina, D., *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006.

<sup>51</sup> Los otros son: la dignidad humana, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

<sup>52</sup> Arango, R., “John Rawls y los derechos constitucionales”, en Botero, J. J. (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional, 2008, pp. 149 y ss.; “Realizando la justicia global”, en Cortés Rodas, F. y Guisti, M. (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, pp. 168 y ss.

Desde la sentencia hito T-426/92, la Corte ha estructurado una sólida línea jurisprudencial (sub-regla) a partir de la cual ha desarrollado una doctrina que se ha constituido en fuente de derecho en casos donde se ha visto comprometida la garantía de los derechos sociales.<sup>53</sup> A partir de la noción de “derecho al mínimo existencial”, propia de la Corte Suprema Administrativa de Alemania,<sup>54</sup> se fundamentó en Colombia que la Constitución les protege a las personas en situaciones de debilidad manifiesta y sin otro medio posible de subsistencia, el derecho a un grado material mínimo para existir en condiciones de dignidad. Una de las tres dimensiones de la dignidad humana es el derecho a “vivir bien” con *condiciones mínimas* sin las cuales no se tiene un mínimo de calidad de vida (T-881/02).

La doctrina del mínimo vital procura crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad. Los derechos sociales de muchas personas (la mayoría, de hecho, en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas) son precondiciones para el ejercicio de los clásicos derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza, asociación y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada, son en este contexto “fórmulas vacías”.<sup>55</sup> La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la

<sup>53</sup> El mejor trabajo sobre el tema en la doctrina jurídica colombiana, es Arango, R., “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Bogotá, núm. 12, junio de 2001; también incluido en el capítulo 3 de *id.*, *El concepto de derechos sociales...*, *cit.*

<sup>54</sup> *BVerwGE* 1, 159, 161. Agradezco esta referencia a Rodolfo Arango.

<sup>55</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 488 y ss.

realización estatal progresiva de los derechos sociales.<sup>56</sup> Del principio de realización progresiva se deriva la prohibición de retroceso.<sup>57</sup>

El mínimo vital es un derecho fundamental (innominado), porque a partir de los derechos a la vida, salud, trabajo y seguridad social, y del Estado social de derecho como modelo de organización política, la Corte encontró que podía deducirse un nuevo derecho fundamental que les reconociera a las personas en determinadas circunstancias los elementos materiales necesarios para su desempeño físico y social,<sup>58</sup> por tanto esenciales para la autorrealización individual y social.<sup>59</sup> Tiene básicamente las siguientes características: es un derecho fundamental, es un criterio para establecer la fundamentalidad de los derechos prestacionales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y constituye una condición empírica para determinar la conexidad entre derechos de prestación y los fundamentales.<sup>60</sup>

De manera excepcional, cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad de personas pertenecientes a sectores vulnerables,<sup>61</sup> se les debe discriminar a su favor compensando con medidas determinadas las condiciones de desamparo e injusticia social, las situaciones desafortunadas de “lotería natural” (Rawls)<sup>62</sup> que les condiciona toda la vida a ser prisioneros de su extracción social, con las fatalidades correlativas que los sitúan bajo un mínimo de condiciones materiales de vida.<sup>63</sup> El derecho fundamental al mínimo vital es de mínimos porque impide que la persona caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y ser reconocida con igual consideración

<sup>56</sup> Sentencia C-251/97 (M. P. Alejandro Martínez).

<sup>57</sup> Courtis, Ch. (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS, 2006.

<sup>58</sup> T-597 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>59</sup> Además de la T-426, véase T-571 de 1992 (M. P. Jaime Sanín Greiffenstein).

<sup>60</sup> Arango, R., *El concepto de derechos sociales...*, cit.

<sup>61</sup> “... y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia”. Sentencia SU-111/97.

<sup>62</sup> “La distribución natural no es justa ni injusta; no es injusto que hayan nacido personas en sociedades con un estrato en particular. Esto son sencillamente hechos naturales. Lo que es justo o injusto es la manera en la cual las instituciones abordan estos hechos”. Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, p. 87.

<sup>63</sup> T-597 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

y respeto.<sup>64</sup> Tiene entonces dos tipos de funciones: “remedial” conforme a la cual corrige situaciones violatorias de la dignidad humana, y “compensatoria o de acción afirmativa” que procura garantizar la igualdad material a personas o grupos marginados.<sup>65</sup>

La vulneración del derecho al mínimo vital, acontece fundamentalmente en dos casos: afectación de la salud y mora o falta de pago de salarios. En la segunda situación, la Corte ha sustentado que si bien el no pago oportuno de la pensión debe reclamarse mediante proceso ejecutivo laboral, excepcionalmente cuando el pago de acreencias laborales es la única fuente de ingresos del trabajador y de quienes de él dependen —o, en el mismo sentido, cuando hay cesación prolongada de pago de las pensiones— se afecta el mínimo vital porque se impide llevar una vida en condiciones dignas.<sup>66</sup> Por esta razón, si la falta de pago (salario o pensión) vulnera un derecho fundamental como el mínimo vital, la tutela es un mecanismo admisible para exigir su cumplimiento porque además de proteger un derecho fundamental violado, se evita que se vulneren otros derechos.<sup>67</sup> La carencia de un ingreso al que se tiene derecho por un trabajo realizado afecta la calidad de vida del trabajador y su núcleo familiar, e igualmente los coloca en una situación de indefensión que justifica la intervención del juez constitucional.

Si bien conforme a la sentencia T-660/04 (M. P. Rodrigo Escobar) el no pago prolongado del salario hace presumir la afectación al mínimo vital, se establecieron unos criterios para probar dicha afectación.<sup>68</sup> Deben acreditarse tanto la existencia de un incumplimiento

<sup>64</sup> Arango, R., *Derechos, constitucionalismo...*, cit., pp. 59-93 y 193-218.

<sup>65</sup> T-571 de 1992 (M. P. Jaime Sanín Greiffenstein).

<sup>66</sup> Sobre la cuestión, véanse entre muchas otras sentencias: T-011/93 (M. P. Alejandro Martínez), T-021/98 (M. P. José Gregorio Hernández), T-626/04 (M. P. Alfredo Beltrán), T-1078/05 (M. P. Jaime Córdoba), T-308/99 (M. P. Alfredo Beltrán), T-259/99 (M. P. Alfredo Beltrán), T-554/98 (M. P. Fabio Morón), T-737/99 (M. P. Carlos Gaviria), T-652/99 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-384/98 (M. P. Alfredo Beltrán), T-1001/99 (M. P. José Gregorio Hernández), T-148/02 (M. P. Manuel José Cepeda), T-725/01 (M. P. Jaime Araujo), T-795/01 (M. P. Manuel José Cepeda), T-241/00 (M. P. José Gregorio Hernández), T-1026/00 (M. P. Alejandro Martínez) y T-818/01 (M. P. Marco Gerardo Monroy).

<sup>67</sup> Por esta razón, la entidad respectiva a la que se le requiere por el pago, debe desvirtuar tal presunción conforme a la sentencia T-259/99.

<sup>68</sup> T-148/02 (M. P. Manuel José Cepeda).

salarial como la situación particular del solicitante por la que dicho incumplimiento afecta su mínimo vital. Es decir, si la persona posee otro tipo de recursos para atender sus necesidades y las de su familia,<sup>69</sup> no se considera afectado el mínimo vital, y por lo tanto resulta improcedente la tutela. Como el juez tiene una especial función de garantizar los derechos fundamentales, debe determinar si se configura la vulneración al mínimo vital que afirma de forma indiciaria el peticionario (ST-795/01). La afectación a tal derecho se presume si la falta de pago es prolongada o indefinida, lo cual a su vez fue definido por la Corte como el periodo de más de dos meses. Problemas económicos o presupuestales por los que eventualmente atraviese la empresa no son considerados en tales casos justificatorios de la falta de remuneración debida por el trabajo.

La interpretación sistemática de la Constitución permite vincular el régimen económico de la Constitución con el Estado social de derecho para responder con la obligación de promover la igualdad real a partir de la efectividad de los derechos sociales. La clasificación de derechos entre prestacionales y no prestacionales, no es correcta. Las libertades básicas tienen una dimensión prestacional conforme lo ha establecido la jurisprudencia.<sup>70</sup> Un derecho es prestacional porque puede exigir de los poderes públicos, y en ocasiones también de los particulares, una acción consistente en dar o hacer, la cual se deriva del mandato contenido en una o varias provisiones constitucionales.<sup>71</sup> Lo esencial es que la pretensión contenida en el derecho se identifique con el valor de la igualdad perseguido por el derecho, ya que de lo contrario (si el objetivo del derecho es conseguir la abstención de los poderes públicos) no se trata de un derecho constitucional prestacional.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> La carga de probarlo recae sobre el demandado o el juez. *Cfr.* sentencia T-818/00 (M. P. Alejandro Martínez).

<sup>70</sup> Sentencia T-595/02 (M. P. Manuel José Cepeda). Sobre la discusión en torno al costo de todos los derechos, y no sólo de los sociales, como se arguye frecuentemente, véase Sunstein, C., *The Cost of Rights*, Nueva York, Norton & Company, 1999 (versión castellana en prensa: Buenos Aires, Siglo XXI-Igualitaria). Abramovich, V. y Courtis, Ch., *op. cit.*

<sup>71</sup> Sentencia T-116/93 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

<sup>72</sup> Sentencia T-571/92 (M. P. Jaime Sanín Greiffenstein).

Si bien no hay un criterio sólido para determinar el contenido material del derecho (suma mínima de dinero, grado de educación, tipo de vivienda, etcétera), sí se han establecido y seguido con rigor por la jurisprudencia una serie de subreglas (*Zugerodneten Normen*). Por ejemplo, aunque el no pago oportuno de la pensión o del salario debe reclamarse mediante proceso laboral, cuando dicho pago es la única fuente de ingresos del trabajador y su familia, se afecta el derecho fundamental al mínimo vital porque se impide llevar una vida en condiciones dignas. La seguridad social no está consagrada como derecho fundamental en la Constitución, pero puede adquirir rango fundamental cuando en casos particulares su incumplimiento vulnera o amenaza otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad o el libre desarrollo de la personalidad. Ha reafirmado la Corte Constitucional que hay sin duda una relación entre la dignidad de la persona, el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas.