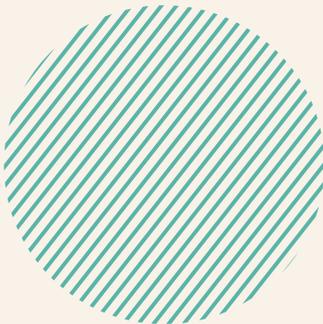
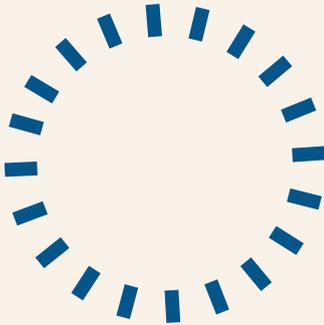


COLECCIÓN SUPERIOR

Tipologías y rasgos del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos

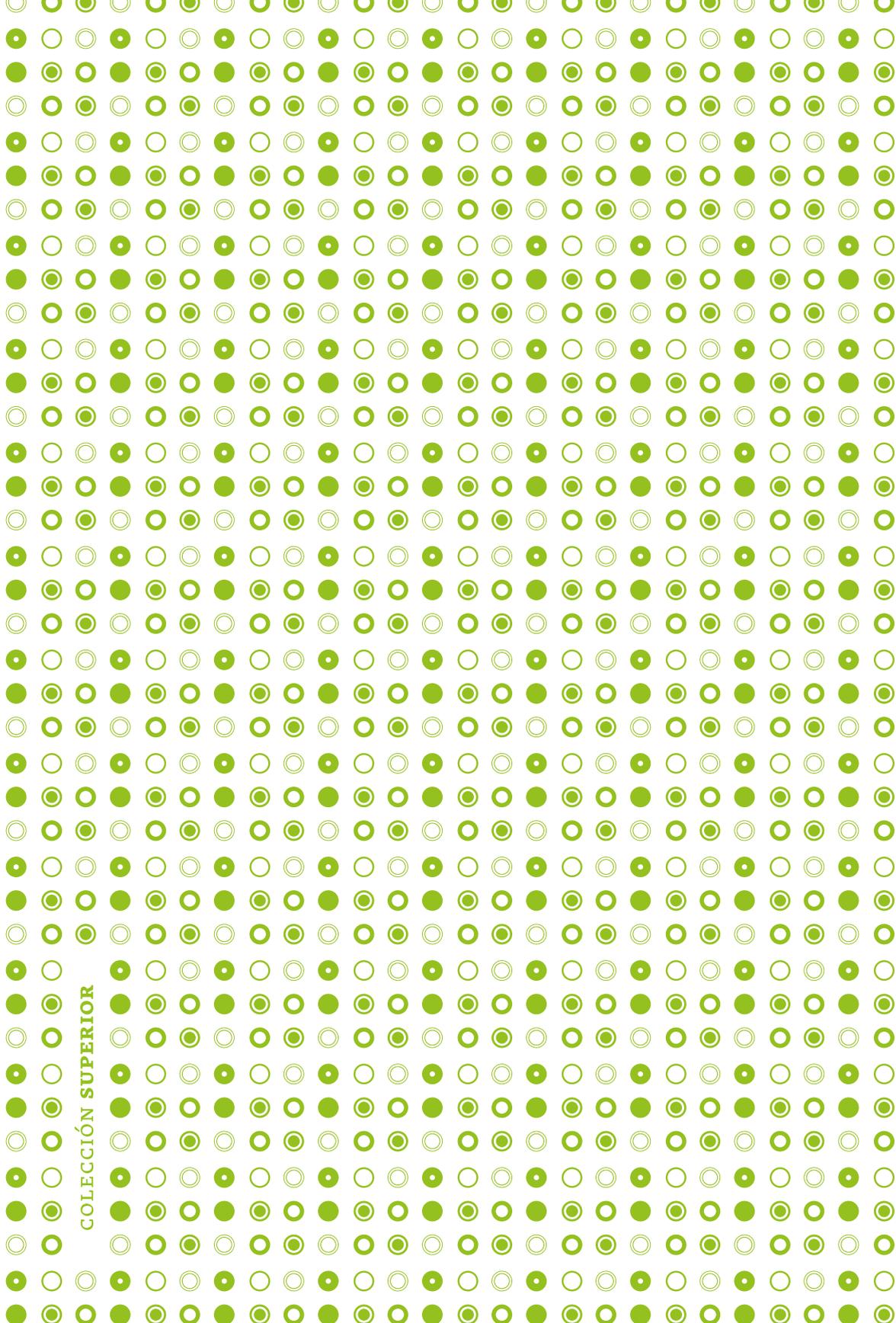
El canon hermenéutico en el Estado convencional

ADRIAN ZEBALLOS F-CUATHIN



ADRIAN ZEBALLOS F-CUATHIN. Abogado y psicólogo, magíster y doctor en derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Docente de dicha universidad, de la Escuela Superior de Administración Pública (Territorial Cundinamarca) y de la Universidad La Gran Colombia. Se desempeña como investigador, asesor, consultor y conferencista en derecho público.

COLECCIÓN SUPERIOR



**Tipologías y rasgos
del constitucionalismo
latinoamericano en perspectiva
de los derechos humanos**

Catalogación en la publicación – Biblioteca Luis Oswaldo Beltrán Jara – ESAP

Zeballosf-Cuathin, Adrian Alexander

Tipologías y rasgos del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos : El canon hermenéutico en el Estado convencional / Adrian Alexander Zeballosf-Cuathin : Bogotá : Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, 2023. 108 páginas: tablas. -- (Colección Superior)

ISBN 978-958-609-133-6 (papel). -- ISBN 978-958-609-137-4 (electrónico)

1. Constitucionalismo—América Latina 2. Derechos Humanos-- América Latina I. Título II. Serie

CDD-21: 342

Tipologías y rasgos del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos: El canon hermenéutico en el Estado convencional

Adrian Alexander Zeballosf-Cuathin

ISBN 978-958-609-133-6 (papel)

ISBN 978-958-609-137-4 (electrónico)

2023

© Escuela Superior de Administración Pública

Director Nacional: Jorge Iván Bula

Subdirección Nacional de Servicios Académicos

Grupo de Publicaciones

Editorial ESAP

grupo.publicaciones@esap.edu.co

<https://www.esap.edu.co/>

<https://libros.esap.edu.co/>

Coordinación editorial Óscar A. Chacón Gómez

Corrección de estilo Margarita Inés Velasco Gutiérrez

Diagramación y diseño Diego Mesa Quintero, lacentraldedisenio.com

Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)

Grupo Publicaciones. Calle 44 #53-37, Bogotá, D. C.

(+57) 601 795 6110



Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Hecho en Bogotá, D. C., Colombia, 2023

Tipologías y rasgos del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos

**El canon hermenéutico
en el Estado convencional**

ADRIAN ZEBALLOS-F-CUATHIN



Contenido

Introducción	11
El marco conceptual sobre el neoconstitucionalismo	17
Algunas tipologías del concepto	25
El neoconstitucionalismo como filosofía política	25
Sobre la división de poderes y el control de constitucionalidad.	26
Las críticas frente al modelo de control constitucional.....	28
El problema de la legitimidad de los poderes públicos. Especial consideración al Tribunal Constitucional.....	31
El neoconstitucionalismo como teoría del derecho	32
El objeto del constitucionalismo: la constitución como norma suprema	32
La rematerialización de la Constitución	34
Los procesos de constitucionalización del derecho	36

El constitucionalismo contemporáneo como ideología	38
El cumplimiento y efectividad de la Constitución	38
El valor moral de la Constitución	39
La función de la Constitución neoconstitucional.	40
El neoconstitucionalismo como metodología	41
La relación entre el derecho y la moral desde el iuspositivismo	42
La relación conceptual y necesaria entre el derecho y la moral ...	43
La relación necesaria y relativa entre el derecho y la moral	45
El modelo de justicia constitucional	47
La remisión al derecho internacional de los derechos humanos ..	47
La apertura al derecho internacional.	48
Las ventajas de la apertura al derecho internacional	48
Características y finalidades de los instrumentos internacionales de derechos humanos.	49
El contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos	50
El bloque de constitucionalidad	51
La recepción formal de la doctrina del bloque de constitucionalidad en América Latina: cuatro ejemplos	51
El contenido del bloque de constitucionalidad	52
Las funciones del bloque de constitucionalidad.	53
Ventajas, efectos y problemáticas	55
El establecimiento de una justicia constitucional con control público	57
La garantía jurisdiccional de la Constitución	57
La acción pública de inconstitucionalidad	58
Algunos ejemplos de la consagración de la API en las constituciones latinoamericanas.	59

El canon hermenéutico en el Estado convencional y los derechos humanos	61
La instauración de una justicia convencional	61
La convencionalización del derecho	62
El control de convencionalidad: características y sus finalidades .	64
Competencia para ejercer el control	66
La adopción de un canon hermenéutico amplio y novedoso	69
La interpretación legislativa y los modelos reaccionarios del siglo xx.	69
La interpretación conforme constitucional	73
La interpretación conforme convencional	76
El principio <i>pro persona</i> (<i>pro homine</i>)	77
La interpretación judicial de los derechos humanos y fundamentales en Colombia	80
El modelo interpretativo a partir de la Sentencia T-406 de 1992.	80
Principios y activismo judicial	81
Algunos ejemplos del activismo de la Corte Constitucional colombiana	85
 Conclusiones	 91
 <i>Referencias</i>	 95
 <i>Sobre el autor</i>	 103
 <i>Índice temático</i>	 105

Introducción

• **EL DERECHO LATINOAMERICANO** se había construido de manera ambivalente, pues, por un lado, se había adoptado un derecho moderno al estilo europeo y, por otro, el derecho premoderno, con fuertes bases morales. En estos términos, Mauricio García Villegas afirma que: las “nuestras son sociedades híbridas, con componentes modernos y premodernos que se mezclan y crean realidades nuevas y complejas” (2013, p. 29). En consecuencia, el derecho trasplantado, si bien gozaba de validez y de cierta legitimidad, carecía de eficacia.

Aunque la supuesta supremacía de la ley tenía una connotación retórica fuerte, no por ello se traducían en obligatoriedad y cumplimiento. Es innegable que el derecho positivo, con su fuerza simbólica, produjo ciertas alteraciones subjetivas e intersubjetivas; sin embargo, no fue suficiente en el terreno de la justicia. En cambio, el derecho real (consuetudinario) estaba marcado por su contenido moral, por su eficacia espontánea y por su legitimidad. Por consiguiente, este derecho llegó a imponerse en algunos espacios jurídicos al derecho formal.

Podría pensarse que esta tendencia híbrida del derecho llegó a su fin con los cambios constitucionales producidos en el caso

del siglo xx; pero no es así. Indudablemente, el constitucionalismo validó el derecho positivo y reforzó el derecho consuetudinario y natural, mientras que hayan sido conformes con su contenido dogmático. Es evidente que los textos constitucionales plasmaron en su contenido normas sustantivas, al tiempo que reconocieron al derecho vivo de la sociedad, como el derecho tradicional indígena, por ejemplo.

Por otra parte, la ley perdió su importancia sacramental en esta fase del derecho, pues las constituciones tomaron su lugar. ¿Y la eficacia del derecho? La respuesta está direccionada a afirmar que continuó con su fuerza simbólica, pero no sociológica. Aunque vale la pena resaltar que, las constituciones adquirieron, en algunos campos, fuerza sociológica con ayuda de un activismo judicial fuerte. Fueron los tribunales constitucionales los que, bajo el influjo de la teoría del derecho alternativo y “viviente”, interpretaron y aplicaron el derecho atendiendo las necesidades sociales, sobre todo de la población vulnerable e históricamente oprimida.

Sin duda, las décadas de los años 80 y 90 fueron cruciales para incubar la inconformidad de los pueblos frente a una realidad trágica que se evidenciaba en: violencia, crisis democrática y de gobernabilidad, autoritarismo, narcotráfico e injusticia social. La necesidad de superar ese estado de cosas llevó a los actores sociales o, como diría Lasalle, a los factores reales de poder a plantear consensos, mecanismos y estrategias para enfrentar los desafíos que imponía tal anormalidad. En conformidad con Uprimny, parte de esos cambios tuvieron que ver con nuevas constituciones y con reformas fundamentales, hecho que sin duda alteró la actividad del derecho y del Estado. De acuerdo con el autor:

Desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, América Latina ha conocido un intenso período de cambios constitucionales, puesto que casi todos los países adoptaron nuevas Constituciones (como en los casos de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009, entre otros) o bien

introdujeron reformas muy importantes a sus Constituciones vigentes (como en el caso de la Argentina en 1994, México en 1992 o Costa Rica en 1989). (Uprimny, 2011, p. 109)

Jesús Casal (2010) relaciona estos cambios con necesidades políticas, como el régimen de gobierno, hasta ese momento establecido con la democracia y con la pretensión de asegurar la paz y un orden institucional estable. Según lo afirma, los Estados suramericanos experimentaron un quiebre profundo por la necesidad de hacer transiciones a la democracia (como en el caso chileno y peruano), de fortalecerla, no solo para hacer de esta un campo inclusivo y participativo (caso ecuatoriano), sino también para abrir espacios democráticos a grupos que dejaron las armas (como en el caso colombiano). Hay que sumar a esas intenciones las referentes a la igualdad, el pluralismo, la justicia social, la violencia, la lucha contra la corrupción, entre otras.

Todas esas necesidades y aspiraciones debían gestionarse necesariamente a través de su reconocimiento constitucional; no podrían alcanzarse de otra manera, teniendo en cuenta las experiencias anteriores. Al lograr este reconocimiento, se convirtieron en imperativos axiológicos y normativos exigibles y justiciables, a través de acciones, procedimientos y organismos dispuestos para tal fin.

En sintonía con el profesor Diego López, Leonardo García Jaramillo afirma que: ese “nuevo derecho” obedece a trasplantes iusteóricos que impulsaron una nueva cultura jurídica, nuevas formulaciones que tienen que ver con la materia del derecho, con su interpretación, argumentación y aplicación. El constitucionalismo colombiano puede ser un buen ejemplo de estos cambios constitucionales. Al respecto señala García:

Con la expresión *nuevo derecho* se ha referido en Colombia, fundamentalmente desde la expedición de la Constitución del 91, a una serie de trasplantes iusteóricos, 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 Derecho 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. (García, 2008, p. 292)

Desde esta óptica, la Constitución de 1991 puede verse como un constructo que se ha configurado en la integración de elementos de varios sistemas. Ese fenómeno facilitó la integración de teorías (como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo jurídico), sistemas de derecho y normas foráneas, así como la adopción de métodos y metodologías para interpretar y aplicar el derecho. Pero no solo eso; desde una perspectiva orgánica se estableció un sistema de justicia constitucional robusto, conformado por organismos jurisdiccionales y por una variada gama de medios de control constitucional.

El desarrollo del contenido anterior exige abordar, a manera de guía, la siguiente pregunta general: ¿cómo plantear una tipología y explicar los rasgos definitorios del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos, a partir de los cambios producidos en la década de los años 80 del siglo xx? En conexión con este interrogante, se plantean otros subsidiarios: ¿qué es el constitucionalismo?, ¿cuáles son sus rasgos definitorios?, ¿cuál es su dimensión y efectos?, ¿cómo se relaciona con los derechos humanos? Para contestar a estas preguntas, complejas *per se*, es necesario apelar a corrientes, visiones y doctrinas que han tratado de explicar este fenómeno desde diferentes campos.

Al tenor de esas preguntas, se formula el objetivo de este trabajo así: plantear una tipología y explicar los rasgos del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva de los derechos humanos. Para lograrlo se formulan, a la vez, tres específicos: primero, describir las distintas acepciones que se han elaborado frente a tal concepto; segundo, explicar los rasgos, características

y atributos del constitucionalismo latinoamericano; y, tercero, explorar el canon hermenéutico adoptado en el Estado convencional.

Lo anterior, hace necesario adoptar un tipo de investigación propositiva, en la ruta de caracterizar el concepto y su contenido en diferentes categorías y dimensiones. Este tipo de investigación reclama el apoyo de una metodología cualitativa, con el fin de lograr un acercamiento al *objeto* de estudio desde sus características, atributos y cualidades. Conocer la fisonomía y las estructuras de la unidad de estudio requiere de una revisión exhaustiva de las entidades normativas, de las constituciones, de la jurisprudencia y de la doctrina autorizada. Por ello, la revisión documental desde un enfoque deductivo y normativo se forja en una actividad necesaria en este trabajo.

El trabajo se organiza en cinco capítulos: el primero desarrolla el marco conceptual del neoconstitucionalismo; el segundo realiza una aproximación a las distintas tipologías y acepciones del neoconstitucionalismo, lo cual permite comprender la ambigüedad e imprecisión del término, pues a la vez se concibe como teoría, ideología, filosofía política y metodología. El tercero versa sobre algunos rasgos y tendencias de tal epistemología, dentro de las que se destacan, por ejemplo, la remisión al derecho internacional, el bloque de constitucionalidad y el establecimiento de una justicia constitucional con control público. En el cuarto se aborda la necesidad de adoptar un canon hermenéutico amplio y novedoso, construir un modelo hermenéutico principialista e implementar metodologías de decisión jurídica para la protección y defensa de los derechos humanos. Finalmente, en el quinto, se presentan las conclusiones de la investigación, partiendo de la diversidad de vías que ha tomado el constitucionalismo en América Latina, así como los pros y los contras de tal diversidad.

El marco conceptual sobre el neoconstitucionalismo

• **LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO** de neoconstitucionalismo a otros escenarios constitucionales es la muestra del poder de la teoría en la praxis del derecho. Tal irradiación teórica se extendió a algunos Estados constitucionales europeos y posteriormente a los latinoamericanos. Aunque es válido aclarar que la concepción del neoconstitucionalismo en estas fronteras se dio de forma distinta, pues se consolidó en una perspectiva diferente a como se había concebido por la escuela genovesa.

El origen de este concepto lo encontramos en la escuela genovesa. La intención inicial de esta escuela de pensamiento no era plantear una teoría constitucional, sino, más bien, criticar un modelo jurídico cuya claridad conceptual se ponía en duda. Pozzolo, Comanducci y Barberis son sus referentes. La primera sostiene que el neoconstitucionalismo es una corriente iusfilosófica constitucionalista, cuyo objeto de estudio son los modernos ordenamientos constitucionales. Desde esta postura, dicha categoría conceptual se encuadra en la filosofía jurídica, para la cual el objeto de análisis no es en abstracto el derecho, sino especialmente la constitución en relación con el Estado (Pozzolo, 2003).

En esa misma línea de argumentación, Comanducci (2009) reconoce que el concepto de neoconstitucionalismo nace como una etiqueta que pretendía clasificar un conjunto de categorías filosóficas apegadas al pospositivismo. En palabras del autor, el neoconstitucionalismo “es una etiqueta” que marca una tendencia crítica de corrientes pospositivistas (Comanducci, 2009, p. 87). Mauro Barberis es más preciso al momento de determinar el origen del neoconstitucionalismo, y lo ubica en la confrontación teórica impulsada por Dworkin frente a algunos argumentos de Hart, especialmente con respecto a los principios. Según el autor, “el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos” (Barberis, 2009, p. 260).

Desde el constitucionalismo español, Prieto Sanchís explica que el término *neoconstitucionalismo* puede ser sinónimo tanto de *constitucionalismo* (a secas) o de *neoconstitucionalismos*. El autor hace énfasis en tres acepciones de *neoconstitucionalismo* que en principio no parecen generar una dificultad en su comprensión, pero en realidad cada una de ellas desarrolla un contenido extenso y complejo que en últimas terminan por afectar su entendimiento:

En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar características de dicho modelo. Finalmente, por *constitucionalismo* cabe entender también una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. (Prieto Sanchís, 2003, p. 123)

En opinión del autor, la dificultad que rodea una construcción unívoca de tal concepto tiene que ver con la ambigüedad y vaguedad del término, así como tendencias heterogéneas que promueven su análisis y hasta su crítica, pero que no se identifican dentro de esa corriente. Esa falta de claridad y contenido puede dar lugar a

plantear la posibilidad de utilizar el término en plural, es decir que es mejor hablar de *neoconstitucionalismos*. Pero la ambigüedad del término —según Prieto Sanchís— no es en realidad un problema, sino una virtud, lo que hace que se convierta en una “nueva cultura jurídico-política” que está llamada a responder frente a los retos que impone una nueva sociedad. A propósito, dice el autor:

Sin duda, esto supone un defecto, pero entraña también una virtud, y es que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en un nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates; en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etc. De ahí la fuerte tendencia que se observa en las distintas versiones del neoconstitucionalismo a medir sus fuerzas con otras respuestas globales, singularmente con el positivismo y el iusnaturalismo. (Prieto Sanchís, 2013, p. 24)

Desde una geografía más próxima, el constitucionalismo latinoamericano ha adoptado ese concepto para deconstruirlo, resignificarlo y hasta para criticarlo. El neoconstitucionalismo latinoamericano conservará ciertos rasgos y características del constitucionalismo europeo, pero deberá adecuarlo a otras dimensiones de análisis y por supuesto a otros enfoques y metodologías para precisar un significado acorde con las realidades locales. En esa perspectiva, el constitucionalista mexicano Miguel Carbonell recalca que *neoconstitucionalismo* puede referirse a dos cuestiones que necesariamente deben abordarse de forma distinta:

Por una parte [...], a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el

paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término *neoconstitucionalismo* se hace referencia también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos". (Carbonell, 2003, pp. 9-10)

En esta definición, la cual coincide con la argumentación de Prieto Sanchís, se resaltan dos cuestiones que son igual de importantes en la pretensión de comprender el significado de tal etiqueta: por un lado, el neoconstitucionalismo puede entenderse como un conjunto de fenómenos y procesos constantes y dinámicos que han incidido en la construcción del concepto de Estado constitucional de derecho; y del otro, el neoconstitucionalismo sirve para explicar el contenido del mencionado Estado.

Desde esa misma geografía constitucional, Carlos Villabella Armengol precisa algunas variables de carácter sustantivo y procedimental que caracterizan el nuevo modelo constitucional:

[...] ampliación de los ámbitos de la Constitución (diversificación de los objetos), incorporación de normas-principios en el discurso constitucional (principismo), constatación del trasfondo moral del derecho (legitimación axiológica), eficacia directa de las normas (materialidad), maximización de los mecanismos de defensa (garantismo constitucional), multiplicación y especificidad de los derechos (progresividad de la dignidad humana), interconexión de la constitución con los tratados y convenios de derechos humanos (principio pro homine), prevalencia de una hermenéutica no gramatical en sede jurisdiccional (regla de ponderación), activismo del juez constitucional en la reconstrucción del derecho (sentencias estimativas-manipulativas), hegemonía de la Constitución (Estado constitucional). (2017, p. 948)

La caracterización que hace Villabella prácticamente corresponde a la Constitución neoconstitucional, por cuanto relaciona

elementos sustantivos (normas, principios, derechos humanos y fundamentales); elementos procesales (acciones, mecanismos e instituciones) y elementos metodológicos (interpretación, argumentación y decisión judicial). Asimismo, el autor destaca las facultades del juez constitucional en la determinación del alcance de sus diferentes tipos de sentencias y enseguida señala la supremacía constitucional como expresión propia del Estado constitucional.

Jorge Mario García Laguardia señala, desde un sentido teleológico, que el neoconstitucionalismo aportó al derecho sistemas de garantías con el fin de hacer eficaces los derechos humanos. Se establece, así, una justicia constitucional robusta, con una carga axiológica fuerte y con una finalidad orientada a la justicia. “La protección procesal de los derechos humanos y una ininterrumpida tecnificación de los sistemas de justicia constitucional es característica de las últimas reformas constitucionales y de los nuevos textos aprobados” (García, 2007, p. 105).

En el constitucionalismo colombiano, Carlos Bernal Pulido (2009) insiste en que el concepto de neoconstitucionalismo ha sido utilizado indiscriminadamente para explicar, por una parte, el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial y, por otra, el que se conforma de diversas corrientes y perspectivas. Esta dispersión conceptual, según el autor, es el reflejo de la heterogeneidad epistemológica: “Tanta heterogeneidad es sin duda un argumento que, en aras de la claridad y la consistencia conceptual, desaconseja el uso de la categoría” (Bernal Pulido, 2009, p. 29).

En el mismo contexto, el profesor Uprimny (2011) destaca el papel de los jueces en el orden constitucional emergente, especialmente en el control constitucional y en la garantía de los derechos fundamentales. Para él, “los jueces, en especial los constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos” (Uprimny, 2011, p. 132). Además, el constitucionalismo latinoamericano impulsa la adhesión de los Estados constitucionales a una forma de Estado de derecho; promueve la adopción de gobiernos civiles; motiva el reconocimiento del

pluralismo y la diversidad; desarrolla un modelo transformador y aspiracional y se inclina a favor de la igualdad y la dignidad, dice al autor.

El jurista brasileño Luis Roberto Barroso señala que, como tal, el neoconstitucionalismo es una etapa que pretende superar la discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo. Esta vía alternativa no descarta fundamentos de uno y otro, pero esta vez no como elementos excluyentes, sino como elementos complementarios que, así aplicados, podrían dar una respuesta más adecuada a las exigencias de las nuevas realidades. El neoconstitucionalismo es, dice el autor, consecuencia del reencuentro entre la ciencia del derecho y la filosofía jurídica. Este modelo explica y describe el derecho en los Estados constitucionales, derecho que ha logrado conciliar el derecho y moral en favor de la justicia. Los “valores morales que son compartidos por toda la comunidad, en dado momento y lugar, se materializan a través de principios, que pasan a estar contemplados en la Constitución, ya sea explícita o implícitamente” (Barroso, 2015, p. 25).

De forma similar, el constitucionalista argentino Andrés Gil Domínguez reiteró que el neoconstitucionalismo es un modelo constitucional que desborda el simple entendimiento de la teoría del derecho, ya que se atrevió a juntar dos modelos teóricos diferentes. De ese modo, Gil precisa que el constitucionalismo:

[...] es un modelo tributario de dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana (que estableció una constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema de Constituciones normativas garantizadas en última instancia (dotando al Poder judicial de la “última palabra” en cuestiones controvertidas) por el control de constitucionalidad. (Gil, citado por Olano, 2006, p. 37)

En resumen, el neoconstitucionalismo latinoamericano es considerado: (1) una simple etiqueta de clasificación y crítica de las teorías nacientes posteriores al positivismo; (2) una corriente iusfilosófica constitucionalista y antipositivista; (3) una teoría para los ordenamientos constitucionales; (4) un catálogo de derechos fundamentales constitucionales que son justiciables; (5) un modelo teórico que aboga por la necesidad de conciliar el derecho y la moral; (6) un modelo axiológico-normativo que corresponde al derecho real; (7) una ideología para la limitación del ejercicio del poder y (8) un conjunto de sistemas de derecho que encuentran su unidad en la Constitución.

Como se aprecia, la generalidad del término hace que sea difícil construir un concepto unívoco de constitucionalismo, debido a una formulación conceptual dispersa, adherida tal vez a distintas corrientes o visiones que han tratado de explicarlo o criticarlo de distintos modos y con diferentes matices. Sin embargo, para efectos de este trabajo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo son conceptos equivalentes.

Finalmente, es necesario precisar que la etiqueta *neo* no puede ser un distractor de lo que, para efectos de este trabajo, significa *neoconstitucionalismo*, es decir que este último debe ser comprendido como un conjunto de cambios y transformaciones del derecho determinados por la fuerza de la Constitución. Estos cambios en América Latina comienzan a producirse y replicarse a partir de los años ochenta del siglo xx.

Algunas tipologías del concepto

- **CON LAS APROXIMACIONES** anteriores sobre el concepto de neoconstitucionalismo, la intención es plantear una tipología de este mismo, la cual permitirá comprender el alcance de esta figura en los ordenamientos constitucionales de América Latina. Con ese objetivo se propone la siguiente tipología: el neoconstitucionalismo como filosofía política; el neoconstitucionalismo como teoría del derecho; el neoconstitucionalismo como ideología y el neoconstitucionalismo como metodología.

El neoconstitucionalismo como filosofía política

Como filosofía política, el neoconstitucionalismo es percibido como “la mejor forma de gobierno”, donde los poderes se encuentran separados, se controlan y colaboran recíprocamente. Esa pretensión de establecer un “buen” gobierno necesariamente debe observar la naturaleza del Estado constitucional de derecho, que según Prieto Sanchís es “la mejor forma de organizar la sociedad política” (2013, p. 32). Desde este campo, la Constitución determina tanto el modelo de Estado como su gobierno y organización.

A continuación, se realizará una aproximación a la división de poderes y al control de constitucionalidad, se explicitarán algunas críticas frente a este modelo y finalmente se abordará la legitimidad del Tribunal constitucional.

Sobre la división de poderes y el control de constitucionalidad

La Constitución dogmática establece un conjunto de cánones sustantivos y fundamentales; esto es un catálogo amplio de derechos y garantías, así como deberes y obligaciones en función de lograr una justicia material. Asimismo, la Constitución neoconstitucional en la parte orgánica fija una arquitectura institucional amplia y pretenciosa, cuya finalidad es la optimización de la Constitución dogmática. La ordenación de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo, judicial, autónomos) será garantía de la efectividad de los derechos.

Desde los planteamientos de Locke y Montesquieu, retomados en *El Federalista* y constitucionalizados por primera vez en el texto fundamental de los Estados Unidos de 1787, cada uno de los poderes gozaría de autonomía e independencia, pero mantendría una relación de control y colaboración recíproca, bajo la estrategia de pesos y contrapesos (*checks and balances*). En términos del control de constitucionalidad, después del caso *Marbury versus Madison*, el juez está llamado a controlar la actividad del legislador, declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones sometidas a su potestad. Posteriormente, de forma paulatina fue adquiriendo otras potestades, como la de producir reglas de derecho mediante su jurisprudencia, con el fin de llenar los vacíos jurídicos y responder frente a las demandas y exigencias sociales. Prieto Sanchís, en este sentido, afirma:

[...] es bueno o justo contar con un poder judicial independiente encargado de fiscalizar ese sometimiento del poder al Derecho, pudiendo pronunciar la nulidad de cualquier decisión o norma que, tanto por motivos formales como sustantivos, vulnere lo decidido por esa norma suprema; o incluso

encargado de suplir al legislador en los casos en que este no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho. (2013, p. 32)

En este caso, aparentemente se genera un conflicto entre instituciones del Estado, pero en el fondo tiene lugar un conflicto entre principios: de un lado, se encuentra el principio democrático; del otro, la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional. El principio democrático reclama para sí el respeto de la voluntad del poder constituyente, poder que fijó las reglas para lograr un gobierno justo en manos del pueblo a través de sus representantes, en tanto el principio de constitucionalidad autoriza a los jueces constitucionales superiores para invalidar las normas o negar su aplicación por contrariar la Constitución.

El constitucionalista chileno Ignacio Núñez afirma que el “sustrato” del neoconstitucionalismo se conforma por sistemas de derecho unificados por una Constitución que condiciona de manera particular las decisiones de las mayorías y de las autoridades jurisdiccionales, autoridades que velan por su integridad y por su componente axiológico. Según el autor, el sustrato del neoconstitucionalismo se resume en las siguientes líneas:

[...] la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución —imbuida por un esquema particular de separación de poderes— que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces. (2012, p. 515)

Según este planteamiento, la Constitución, además de unificar sistemas de derecho, impone un límite al poder de las mayorías y condiciona la actividad de las autoridades del Estado en función de concretar o materializar su contenido. Con esta finalidad, el poder judicial constituye una barrera al ejercicio del poder político

y del gobierno; sin embargo, no puede entenderse, en ese ámbito, como un límite a la democracia.

De esa manera, el neoconstitucionalismo legitima, reconoce y le adjudica al juez un papel más activo: la razón de esa decisión no es otra que la necesidad de lograr la optimización de la Constitución. Esta novedosa forma de distribuir las cargas funcionales en el Estado no es para nada pacífica, por cuanto, como se dijo, en el evento de que uno de los poderes es controlado por otro, inmediatamente aquel manifestará su desacuerdo, argumentando, generalmente, la usurpación de poderes y el establecimiento de una dictadura. Esto es precisamente lo que sucede cuando el poder judicial, con el liderazgo del Tribunal Constitucional, ejerce su función de control de constitucionalidad de las normas.

Las críticas frente al modelo de control constitucional

Frente a esa forma de control han surgido varias críticas, en el sentido de realizar una defensa del poder legislativo. Desde esta postura, se defiende la idea de que el poder que representa a la mayoría no puede ser controlado por un poder minoritario. Alexander Bickel afirma que la función de control al legislativo es antidemocrática, por la siguiente razón:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción del Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...]. El control judicial pertenece del todo a una parte diferente de la democracia, y esa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático. (1962, p. 169)

Respaldando esta tesis, Waldron plantea varias razones institucionales para sustentar la innecesaria revisión judicial de la obra del poder legislativo:

1. Existe una legislación representativa que funciona razonablemente bien, cuyos miembros son elegidos por el pueblo;
2. Existe un conjunto de instituciones judiciales razonablemente bien organizadas, cuyos miembros no son elegidos por el pueblo;
3. Existe un compromiso de la mayor parte de la sociedad y de los funcionarios públicos con la idea de los derechos individuales;
4. Existe un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe, entre los miembros de la sociedad sobre el contenido, los límites y el alcance de los derechos (Waldron, citado por Linares, 2008, pp. 67-68).

El autor enfatiza en que los desacuerdos que se generan respecto al contenido, alcance y límites de los derechos no son exclusivamente del orden jurídico, pues estos desacuerdos se desarrollan y se resuelven también en contextos políticos y morales. Por esta razón, dice Waldron, quien debe abordarlos es el poder legislativo, porque es el poder que representa el bien común y no el capricho de algunos. Es decir que la decisión sobre los derechos debe ser justificada con argumentos políticos y no de otra manera.

En la línea de Waldron, Fernando Atria advierte que el poder expansivo del neoconstitucionalismo conlleva una amenaza para la democracia europea —que bien puede expandirse a Latinoamérica—, ya que otorga al juez un lugar privilegiado dentro del sistema, en detrimento del papel del legislador y de los otros poderes públicos que se supone deben estar en la misma posición. Al respecto, dice Atria:

Un nuevo fantasma recorre Europa —el fantasma del neoconstitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes [...] promete libertad e igualdad, pero pone en peligro

nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres. (Atria, 2004, p. 118)

En conformidad con la argumentación del autor, el neoconstitucionalismo tiene la capacidad de posicionar a un viejo actor del derecho como protagonista de una nueva cultura jurídico-política, en el sentido de que desplaza al gobierno de las leyes y consolida un gobierno de personas, que en últimas sería un gobierno de los jueces. Esta crítica deja por sentado que el poder judicial limita la capacidad del legislativo, con lo que restringe el alcance del principio de libre configuración normativa. Así, el legislador quedará sometido a un poder que lo decide todo en todas partes; es decir que la judicatura no solo decide en derecho, sino también en lo político y hasta en lo moral.

Pero ¿qué pasa si el legislador no ha creado el insumo de trabajo de los jueces? La respuesta a este interrogante debe formularse teniendo en cuenta el principio según el cual el juez no puede sustraerse de decidir so pretexto de no tener norma expresa, exigencia que obliga a decidir inexorablemente. Hay que preguntar, igualmente, ¿qué sucede si el caso es tan complejo o nuevo que ni siquiera utilizando los métodos de interpretación el juez puede llegar a una decisión? En ese contexto han emergido propuestas que circunscriben y subordinan la función judicial a la legislación, como el caso del juez kelseniano, hartiano y dworkiniano.

El primero defiende la idea de que el juez debe comportarse como el legislador del caso concreto, y tiene que justificar su decisión con argumentos políticos; el segundo considera que el juez debe integrar un mínimo de moral, suficiente para solucionar el caso, y debe justificar su decisión con argumentos morales. Finalmente, Dworkin afirma que los jueces utilizan argumentos de principio y argumentos políticos en sus decisiones, pero no son argumentos políticos en el sentido de la política, sino argumentos políticos en función de la búsqueda del bien común y de la garantía de intereses superiores (Dworkin, 1989).

El problema de la legitimidad de los poderes públicos. Especial consideración al Tribunal Constitucional

La discusión no se queda en juzgar cuál autoridad hace un mejor razonamiento, sino que se desplaza a considerar la legitimidad de cada uno. Ciertamente, puede afirmarse que el legislador tiene una legitimidad democrática más fuerte que la de los jueces, porque aquella se deriva directamente del pueblo soberano; en cambio, la legitimidad de los jueces no tiene ese origen directo. Ante esta situación, en la que la legitimidad como criterio es determinante a la hora de la defensa o derrota de las facultades “controladoras” del poder judicial, se debe crear un escenario para la reconciliación de los poderes.

La aparente confrontación entre una legitimidad fuerte que caracteriza al poder legislativo y una legitimidad “débil” propia del poder judicial se desenlaza no en términos de mayorías y minorías, sino en términos de derechos. Esto es así, porque en el neoconstitucionalismo los derechos no son una dimensión en la que la democracia, entendida como el gobierno de las mayorías, tenga pleno monopolio, pues los derechos en este nuevo sistema necesitan materializarse. La eficacia de los derechos debe atender a la necesidad de dar vida sociológica a los insumos jurídicos, tarea que se le encarga a los jueces del Estado constitucional.

El enfoque de derechos, y no de las mayorías, permite entonces ver el trabajo de las autoridades desde un plano más horizontal. La Constitución entra a mediar acercando las posturas distantes y generando un nuevo entendimiento sobre la fundamentación de la legitimidad de los poderes. La Constitución ofrece, en ese sentido, una respuesta acertada a dicho problema, cuando extrae el debate del contexto de la democracia y lo lleva al contexto de los derechos fundamentales. Por tal motivo, la legitimación del poder judicial y de todos los poderes se encuentra directamente en la Constitución, y fundamentalmente en la voluntad del poder constituyente originario, el cual le dio vida. Continuar con un debate de mayorías y minorías en torno a la fundamentación de la legitimación del poder judicial carece de utilidad, porque, como ya se indicó, es la propia Carta la que legitima dicho poder.

El desafío del juez es buscar un equilibrio entre sus potestades constitucionales contra mayoritarias y la vigencia del principio democrático, propio de los estados constitucionales contemporáneos. Si el reto es ese, no es posible pensar que en el neoconstitucionalismo el poder judicial abandone su activismo, porque el contenido dogmático de la Constitución necesita de un sujeto que lo interprete, lo dinamice, que lo haga posible materialmente y que lo concrete en cada caso.

En síntesis, esa organización y distribución del poder permite hablar del neoconstitucionalismo como filosofía política, es decir, como la mejor forma de gobernar.

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho

El *neoconstitucionalismo* teórico, según Comanducci (2009), tiene por objetivo describir los avances o logros del proceso de constitucionalización del derecho. Este proceso, recordemos, ha forjado una Constitución imperiosa, omnipresente, “invasiva”, que despliega en cada rincón de la realidad misma su poder, haciendo que su contenido (rematerializado) sea interpretado y aplicado por una autoridad que la Constitución directa o indirectamente ha facultado.

A continuación, se pretende explorar el objeto del neoconstitucionalismo, es decir la Constitución como norma suprema del Estado, el concepto de rematerialización de la Constitución y el proceso de constitucionalización del derecho.

El objeto del constitucionalismo: la constitución como norma suprema

En este constitucionalismo, la Constitución, y no la ley, es la fuente principal del sistema jurídico. Distintas son sus definiciones, al punto de existir una superinflación conceptual, lo que puede generar ambigüedad y contradicciones en la comprensión de su naturaleza y alcance. Igualmente, se han propuesto clasificaciones de estas como una forma de precisar su significado y contenido, como lo hace Loewenstein, indicando que pueden ser nominales,

normativas y semánticas; o al estilo de García Pelayo, quien propone su clasificación en formales y materiales; dogmáticas y orgánicas; rígidas y flexibles; escritas y consuetudinarias; ideológicas y utilitarias, entre otras.

Siguiendo con este autor, existen tres grandes conceptos que permiten conocer el “ser” de la Constitución: el concepto racional normativo (racionalidad, inmutabilidad, generalidad de la Constitución, despersonalización de la soberanía y validez); el concepto histórico tradicional (espontaneidad, mutabilidad, particularidad, no hay despersonalización de la soberanía y legitimidad) y finalmente el concepto sociológico (vigencia, mutabilidad, singularidad, no hay despersonalización de la soberanía y eficacia) (García Pelayo, 1984). A estos conceptos se suman otros, como los siguientes: Constitución como cultura (Peter Häberle); voluntad y decisiones fundamentales (Carl Schmitt); relación dialéctica (Hermann Heller); parte de un orden constitucional superior (Mauricio Hauriou); organización superior y preordenada (Santi Romano); norma que representa el poder supremo del Estado (Dietrich Schindler); marco en el que las fuerzas éticas se expresan (Erick Kaufmann); acto determinante y regla de organización social (Georges Burdeau) (Monroy Cabra, 2005, pp. 37-39).

La indeterminación del concepto no puede percibirse como un problema, más bien es una oportunidad para comprender la dimensión que tiene la Constitución en el orden constitucional contemporáneo. En el neoconstitucionalismo esta variedad conceptual es plenamente admisible, teniendo en cuenta que cada enunciado busca validarse en un ámbito concreto. En últimas, la apertura a la particularización y complejidad teórica y conceptual del neoconstitucionalismo es un rasgo definitorio, no por ello negativo.

Aun así, de las anteriores acepciones puede concluirse que la Constitución es entendida como la norma suprema del orden jurídico. Según García (1984), las razones de la supremacía constitucional son la estabilidad del texto y su poder de producción normativa. Su naturaleza estable la blinda de una manipulación

constante por parte de los detentadores del poder político, lo que le permite conservar su esencia y materialidad por largo tiempo. Como fuente de producción normativa, la Constitución autoriza la existencia de otras normas.

La rematerialización de la Constitución

Los sistemas jurídicos necesitan de una rematerialización de su contenido para estar vigentes. Este fenómeno puede darse a través de distintas vías, de distintos modos y con diferente intensidad; todas válidas mientras el sistema lo permita.

La Constitución no puede reducirse simplemente a un código de reglas, tal y como se concebía en el *Estado de derecho*, pues la Constitución neoconstitucional ha sufrido un proceso de rematerialización de su contenido (Hurtado y García, 2019), integrando otras normas a su cuerpo, lo que ha permitido construir la doctrina del bloque de constitucionalidad. Este nuevo catálogo normativo exige nuevos modelos de interpretación y argumentación jurídica. El desafío en este sentido es construir un sistema jurídico armónico, consistente y efectivo.

Atendiendo la vieja clasificación de constituciones dogmáticas y orgánicas, casi todas las constituciones latinoamericanas se estructuran de conformidad con ese referente. La parte dogmática está conformada por un catálogo axiológico amplio, seguido de reglas que establecen deberes, obligaciones, funciones y competencias. La parte orgánica, en cambio, se preocupa más por establecer el marco institucional y funcional que autoriza desarrollar los fines esenciales del Estado. Pero no solo se producen cambios en el cuerpo de la Constitución, sino también en sus finalidades, lo que quiere decir que la Constitución además de imponer límites al poder, debe garantizar los derechos humanos y fundamentales.

Como puede observarse, dicho contenido es extenso y heterogéneo, abstracto y abierto, conflictivo y controversial en su dimensión interna. La Constitución es una norma que se conforma de una variada gama de disposiciones, pluralidad que en algunos escenarios puede ser contradictoria y hasta conflictiva. Todo ello se debe a que ha incorporado nuevos elementos, tanto descriptivos

como prescriptivos, y su materia se presenta en forma de valores, principios, reglas, derechos humanos y derechos fundamentales.

Los valores se definen como normas abstractas, por tanto, su campo interpretativo es amplio; esto genera cierta ambigüedad y una imposibilidad de aplicabilidad directa, por lo que deben ser desarrollados por el legislador. Igualmente, estas normas tienen un carácter programático, es decir establecen un “deber ser” para el Estado; en otras palabras, fijan su alcance y límites. Además, los valores fungen como un parámetro hermenéutico, el cual otorga significado y sentido a las demás normas. En ese orden, los valores representan un conjunto axiológico con suficiente fuerza normativa.

De su lado, los principios son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 2015, p. 72). Son prescripciones jurídicas generales que pueden aplicarse directamente en caso de ausencia de derecho positivo, proporcionando una solución en términos de justicia. Estas normas se optimizan en cada caso, situación que va a depender de los insumos materiales y jurídicos disponibles, como lo dice Alexy (2012).

Complementan este catálogo los derechos humanos y fundamentales, derechos que, por definición natural, son inherentes al ser humano. Estos derechos se abrieron espacio en instrumentos internacionales, en constituciones y normas concretas, con el fin de hacer pedagogía y buscar su protección. Los derechos fundamentales son definidos como derechos especiales, cuyo núcleo y fundamento es la dignidad. Son derechos fundamentales porque versan sobre lo esencial, porque son la concreción de la necesidad de justicia y porque sin ellos el derecho no tendría mayor sentido. En suma, son derechos connaturales a la esencia de lo humano. Por estas razones, estos derechos deben divulgarse, reconocerse y protegerse oportunamente, casi que inmediatamente a la amenaza o vulneración.

Según lo que hasta aquí se ha expresado, la rematerialización de la Constitución debe ser entendida como la incorporación de

un nuevo sustrato, de una nueva materia que vigoriza y revitaliza el derecho. En esa esfera se configura un proceso de integración de nuevas normas, distintas entre ellas, pero que tienen un propósito común.

Los procesos de constitucionalización del derecho

En el Estado constitucional de derecho, como una de las variantes del Estado social de derecho, la Constitución arrebató el lugar de la ley y se erigió como la fuente primera de los ordenamientos jurídicos (Sandoval, 2020). El efecto de ese poder se extiende a través de la constitucionalización del derecho, en todas las dimensiones y con similar intensidad. Este proceso:

[...] supone la presencia de dos elementos fundamentales: por una parte, de un objeto activo con el suficiente imperio para someter todo lo que está bajo su órbita, y por otra, de objetos y sujetos pasivos que son proclives a la dominación. El primer objeto es la Constitución, el segundo, en forma particular es el derecho y en abstracto el mundo de vida social. Desde esta perspectiva, no se está hablando solamente de una constitucionalización del derecho, sino de la constitucionalización de la vida misma. Así, como una diosa, la Constitución hace presencia en todas partes (ubicuidad), determinando todo a su paso y elaborando su propio mundo. (Zaballosf-Cuathin y Cáceres, 2019, p. 165)

De esta forma, la Constitución se abre a todos los textos y contextos de la sociedad para asegurar su vigencia y efectividad. Ello no sería posible sin la intervención de unos agentes públicos, como lo son principalmente los jueces, en cabeza de los Tribunales constitucionales. Sin embargo, en el derecho contemporáneo, esa tarea también es responsabilidad de los poderes públicos, de los organismos autónomos y de los científicos del derecho.

En ese orden de ideas, el proceso de constitucionalización necesita de la presencia efectiva de condiciones esenciales. En Colombia, estas condiciones se clasifican en materiales (catálogo

axiológico-normativo) y procedimentales (supremacía, garantía, fuerza vinculante, aplicación directa e interpretación) (Zeballosf-Cuathin y Cáceres, 2019, p. 173). Estas condiciones (cualidades) son necesarias para llevar a cabo un proceso de constitucionalización exitoso.

Según Quinche (2016), la constitucionalización del derecho en Colombia, y en general en los Estados constitucionales de América Latina, es un proceso constante y continuo, por tanto, inacabado. El autor describe tres etapas para explicar su afirmación:

Una primera etapa que iría de 1991 a 2000, y que puede ser caracterizada como de resistencia y de hostilidad, durante la cual el influjo de las sentencias de la Corte Constitucional es experimentado por los jueces de las jurisdicciones ordinaria y administrativa como una suerte de invasión de los jueces constitucionales. Siendo su mayor manifestación el “choque de trenes” que se da alrededor de las sentencias condicionadas y de la tutela contra providencias judiciales. Esta primera etapa de resistencia se transformaría en la década del 2000 en un segundo período de acomodamiento durante el cual el proceso de constitucionalización asume formas legislativas como lo evidencia la expedición de normas constitucionalizadas, por ejemplo: el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005), la ley estatutaria sobre habeas corpus (Ley 1056 de 2006) o la ley estatutaria sobre habeas data (Ley 1266 de 2008); normas que introducen en su articulado reglas y estándares fijados previamente por la Corte Constitucional, lo que resulta concurrente con la publicación de libros y artículos académicos que registran los procesos de constitucionalización en los escenarios del derecho penal, del derecho civil, del derecho procesal o de la seguridad social, siendo los más notorios. Finalmente se tiene la etapa actual, la década del diez, en la que la constitucionalización del derecho y de las prácticas sociales se extiende en concurrencia con otros procesos como son los de internacionalización y convencionalización del derecho. (2016, pp. 45-46)

Para complementar lo anterior, la etapa comprendida entre el 2015 y 2019 estuvo caracterizada por decisiones judiciales trascendentales, con fundamento en el bloque de constitucionalidad. Finalmente, la etapa que inicia en el 2020 genera muchas expectativas, sobre todo porque la discusión gira alrededor de los efectos y las medidas para reactivar una economía golpeada por la pandemia, el calentamiento global y el ambiente, la extradición y el narcotráfico, la violencia y la paz, los modelos alternativos de gobierno y el ascenso de la izquierda política en algunos Estados de América Latina, etc.

El constitucionalismo contemporáneo como ideología

El constitucionalismo ideológico sostiene que la Constitución debe cumplirse tanto por su naturaleza normativa como por su valor moral. En este sentido, el *neoconstitucionalismo ideológico* ya no le reconoce la importancia absoluta que el constitucionalismo clásico le otorgaba a la limitación del poder, pues además de cumplir con esa función, lo fundamental es garantizar la vigencia y efectividad de los derechos humanos y fundamentales, por su contenido moral.

El cumplimiento y efectividad de la Constitución

Comanducci precisa que en los sistemas jurídicos contemporáneos se produce una identificación necesaria entre el derecho y la moral, que finalmente significa una obligación moral de cumplimiento de la Constitución y de todas las normas con ella compatibles. Expresamente señala el autor:

Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a

la Constitución. Y en ese específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley. (Comanducci, 2009, pp. 96-97)

De ese modo, el neoconstitucionalismo ideológico defiende la idea de que el cumplimiento y la efectividad de la Constitución está determinado por su contenido moral. Por consiguiente, la vigencia y sociologización del contenido de la Constitución depende del grado de observancia del sustrato moral. Y en comunión con ese contenido, la efectividad de la Constitución está determinada por variables subjetivas, como la legitimación, cuya esencia señala que el grado de interiorización de la Carta incide directamente en su eficacia.

El valor moral de la Constitución

El positivismo flexible o moderado, incluso antes del neoconstitucionalismo, había aceptado una relación estrecha entre el derecho y la moral, al punto de considerar que el derecho debe ser obedecido por su valor moral intrínseco. En tal sentido Bobbio señala:

Además, la obediencia absoluta o incondicional a la ley significa una cosa más para la ideología positivista: significa que la obligación de obedecer a la ley no es solo una *obligación jurídica*, sino también una *obligación moral*. De esta forma el hombre debe obedecer a la ley no solo por motivos externos sino también por motivos internos, es decir, no solo porque se ve forzado a ello, sino porque está convencido de que dicha obediencia es una cosa intrínsecamente buena: *obediencia* no por constricción sino por convicción. Podemos decir que dicho deber no es sentido como una obligación heterónoma, sino como una obligación autónoma porque la ley se transforma en una norma moral, de cuya observancia soy responsable ante mí mismo, ante mi conciencia: de ello deriva el deber de conciencia de obedecer las leyes. (Bobbio, 1993, p. 230)

La obediencia del derecho desde este planteamiento se canaliza a través de dos fuerzas: la primera es externa y tiene que ver con la coacción; la segunda es interna y tiene que ver con la legitimidad. Aunque la primera puede lograr el objetivo a través de la fuerza de la institucionalidad, la segunda se muestra como una opción menos agresiva y más confiable, porque señala una correspondencia entre el derecho y los valores propios de cada persona. En esos términos, la moral interviene y determina el grado de eficacia del derecho.

Tal derecho (moralizado) quedaría plasmado, en primer lugar, en el derecho internacional de los derechos humanos, posteriormente en las constituciones y en general el derecho interno de los Estados. En dichos contextos se ha surtido un proceso relativo de aceptación e interiorización normativa (legitimación), fenómeno que se muestra inevitable en los procesos de reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad del derecho contemporáneo.

La función de la Constitución neoconstitucional

Como ideología, la Constitución contemporánea cumple dos funciones esenciales: la de imponer límites al poder y la de servir como un instrumento para la acción política y social, en el sentido de hacer de los derechos humanos materia exigible y justiciable. La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-267 de 2010 al respecto afirmó:

Así mismo, una particularidad concreta del Estado Social de Derecho que introdujo el Constituyente de 1991, respecto del marco constitucional anterior, es que la Constitución además de ser suprema en el ordenamiento jurídico, tiene carácter vinculante o fuerza normativa, lo cual significa que vincula a todo el poder público. Dicho, en otros términos: no es apenas un referente formal o retórico en el sistema de fuentes formales del derecho, sino que se trata de una verdadera norma jurídica. Carácter vinculante de la constitución que, para el neoconstitucionalismo, significa que además de regular la organización del

poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. (cc. ST-267, 2010)

Este constitucionalismo pretende alcanzar algo que todavía no ha podido y que es su fin último, la justicia. Pareciera que se invoca una utopía, pero no; es más bien una finalidad concreta que solo se podría realizar cuando se logre la armonización de elementos jurídicos y extrajurídicos en la Constitución. En este sentido, la Constitución es, aunque no de forma entera, un conjunto de sistemas éticos que buscan permear y moldear el derecho para hacerlo más justo y efectivo. Un catálogo axiológico conforma la Constitución: valores, principios, derechos humanos y fundamentales nutren en gran medida el contenido material de la Constitución, erigiéndose a partir de su consagración en verdaderos mandatos que deben cumplirse para garantizar la justicia como criterio principal del derecho contemporáneo.

En el neoconstitucionalismo, la obediencia al derecho está determinada por el proceso de constitucionalización que ha tenido ese derecho y porque la Constitución se ha situado en un lugar privilegiado dentro de la jerarquía normativa, otorgando validez y determinando todo el conjunto normativo que se encuentra bajo su imperio. La irradiación del derecho por la Constitución o, en otras palabras, la colonización del mundo jurídico hace que el derecho tenga que ser obedecido y cumplido, con la finalidad de optimizar la protección de los derechos humanos y fundamentales.

El neoconstitucionalismo como metodología

El neoconstitucionalismo metodológico pondrá en tela de juicio la afirmación del viejo iuspositivismo en cuanto a la negación de la relación entre el derecho y la moral. Del mismo modo, procederá frente al post-iuspositivismo, el cual aceptaba una relación contingente. El neoconstitucionalismo metodológico defenderá la idea de que el vínculo entre el derecho y la moral es un vínculo necesario.

La relación entre el derecho y la moral desde el iuspositivismo

Comanducci, tomando como referencia a Alexy y Dworkin, plantea de forma crítica un *neoconstitucionalismo metodológico* que se contrapone a un *paleo-positivismo*, el cual identificaba y reafirmaba el “ser” del derecho, restándole importancia al derecho como debe ser (“deber ser”). En consecuencia, el *paleo-positivismo* negaba la relación entre el derecho y la moral.

Ese iuspositivismo defiende algo que hoy en día es insostenible: una supuesta neutralidad de la ciencia jurídica frente a un contenido axiológico del derecho. Dicha neutralidad epistemológica impulsaba la defensa del derecho tal y como es y se presenta, y no como debe ser y debiera presentarse, por lo que rechazaba cualquier discurso en el que la justicia pudiera situarse como tema principal de análisis.

Sin embargo, un tipo de iuspositivismo, el iuspositivismo inclusivo, admite, de alguna forma, que el derecho y la moral pueden relacionarse en ciertos espacios. Esta relación parcial y relativa se establece en términos de contingencia. Barberis así lo afirma:

El iuspositivismo inclusivo tiene asumida la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo del iusnaturalismo: la negación de la conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; el Derecho positivo, podría remitir a valores morales, como muestra de forma paradigmática la Constitución de los Estados Unidos. (2003, p. 263)

La aceptación que hace el iuspositivismo inclusivo frente a la relación entre el derecho y la moral, contingente en palabras de Barberis, no es suficiente para comprender este nuevo derecho, el cual ha incorporado un sustrato eminentemente moral.

La relación conceptual y necesaria entre el derecho y la moral

El constitucionalismo metodológico (CM), en cambio, predica un vínculo necesario entre el derecho y la moral. Así lo entiende Rodríguez, cuando afirma que “no es posible identificar el contenido del derecho — reglas y principios — sin acudir a la moralidad política” (1997, pp. 59-60). Según la comprensión de la maestra, la moralidad política es necesaria para dotar de sentido al derecho. Desde esta orilla el vínculo entre el derecho y la moral no es contingente o esporádico, sino necesario y constante.

En el constitucionalismo metodológico, la vinculación de la moral al derecho se explica fundamentalmente por el proceso de constitucionalización que ha sufrido el derecho, de tal modo que los sistemas jurídicos con esa característica se vinculan *per se* a la moral por el efecto de la rematerialización del derecho (a este fenómeno García Figueroa lo identifica con la sigla CM1). El autor lo relaciona con una teoría particular del derecho y destaca:

La versión CM1 se expresa a través de un enunciado existencial: *algunos* sistemas jurídicos están constitucionalizados y, por tanto, se hallan vinculados a la moral. La versión CM1 debe dar buenas razones para aceptar, en primer lugar, que es posible y deseable una teoría del Derecho particular y no una teoría del Derecho general. Es decir, debe justificar que se circunscriba la extensión del concepto de Derecho exclusivamente a los sistemas jurídicos constitucionalizados. En segundo lugar, CM1 debe demostrar que tales sistemas jurídicos se hallan, en efecto, vinculados a la moral. Si no se justifica la primera premisa, CM1 deviene excesivamente estipulativa. Si no se justifica la segunda, CM1 deviene simplemente falsa. Sea como fuere, si CM1 no justifica ambas premisas satisfactoriamente, entonces pierde toda virtualidad antipositivista, pues divide implícitamente los sistemas jurídicos entre los vinculados a la moral (por vía constitucional en su caso) y los no vinculados a la moral. De este modo la relación entre Derecho y moral deviene contingente, que es

precisamente lo que siempre ha sostenido el positivismo jurídico. (García Figueroa, 2003, pp. 172-173)

Para demostrar la existencia de una relación entre el derecho y la moral debe encontrarse evidencia de que la teoría que lo explica obedece a realidades concretas, a Estados constitucionales específicos y particulares. En segundo lugar, debe demostrarse que esos ordenamientos se encuentran vinculados a la moral.

Pero no solo los ordenamientos constitucionalizados tienen dicha vinculación, pues los ordenamientos que se encuentren en ese proceso, disposición e intención de constitucionalizarse también poseen tal relación moralizante. La disposición o potencialidad que tienen los ordenamientos frente a la constitucionalización es el otro objeto del constitucionalismo metodológico (CM2). El mismo autor reitera que todos los ordenamientos jurídicos se encuentran identificados necesariamente con la moral, por la constitucionalización a la que han sido sometidos, o por su vocación a serlo. Dice textualmente:

La versión CM2 se expresa a través de un enunciado universal: *todos los sistemas jurídicos están vinculados a la moral en virtud de la constitucionalización*. Sin embargo, no es posible que la constitucionalización sea el vínculo del Derecho a la moral, si no todo sistema jurídico se halla constitucionalizado. CM2 serviría a lo sumo para *ilustrar* la vinculación de Derecho y moral en el caso concreto de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Si CM2 pretende conferir relevancia conceptual al proceso de conceptualización, esta debe poder predicarse de alguna manera de todo sistema jurídico. Pero es evidente que no todos los sistemas jurídicos han estado ni están constitucionalizados y, cuando si es el caso, no todos ellos lo están del mismo modo ni en la misma medida. Y si no todos los sistemas jurídicos están constitucionalizados, entonces CM2 no puede aspirar a determinar consecuencias conceptuales, pues no puede fundar la vinculación de todo sistema jurídico a la moral a través de la constatación de una constitucionalización, que es meramente

contingente. Por esa razón, CM2 exige alguna precisión sobre el significado que cabe otorgar a la relevancia del proceso de constitucionalización del Derecho. (García Figueroa, 2003, p. 174)

Para que el CM2 pueda concebirse como el medio efectivo para consolidar una relación necesaria entre el derecho y la moral, debe, sin remedio, apelar a un proceso de constitucionalización más amplio, que aborde todos los escenarios del derecho. Y, además, debe constitucionalizar con la misma fuerza el mundo de la vida social, como diría Habermas. Estos retos representan un esfuerzo descomunal, sobre todo si se tiene en cuenta que la constitucionalización es un proceso, que evoluciona a medida que el derecho y la sociedad avanzan. En síntesis, el CM2 es un “deber ser”.

La relación necesaria y relativa entre el derecho y la moral

En conformidad con lo anterior, la identificación entre el derecho y la moral no puede darse en todo el ámbito del derecho, sino en alguno de los fenómenos adheridos a este, como en la justificación, la interpretación y la argumentación. Al respecto, Barberis afirma que “la conexión necesaria se produciría solo en otros niveles, en particular en el de la justificación y en la interpretación del Derecho” (2003, p. 265).

Es dable pensar de esa manera teniendo en cuenta que el derecho, sobre todo el derecho “normativo”, no necesariamente contiene conceptos morales; por ejemplo, una norma que otorga competencias a una entidad u organismo del Estado. No se presenta ahí una cuestión moral en primera instancia, pero cuando la norma deba aplicarse seguramente necesitará de un ajuste moral, tanto desde la intención como desde su finalidad y eficacia, para hacerla corresponder con los valores propios que cobijan las necesidades sociales.

Con todo, sea que la identificación entre derecho y moral sea necesaria en todo tiempo y espacio, o sea que se dé en espacios y tiempos precisos, el neoconstitucionalismo aboga por mantener en el centro de su discurso a la moral como objeto de análisis, por

la misma necesidad de hacer del derecho algo más cercano a lo sensible y no tanto a lo formal e inflexible.

El modelo de justicia constitucional

- **EL PROPÓSITO DE ESTE CAPÍTULO** es explicar los rasgos, características y atributos del constitucionalismo latinoamericano. Si bien el constitucionalismo en términos generales es el mismo en todas las latitudes, el constitucionalismo latinoamericano goza de ciertas particularidades que lo hacen “exótico”. Precisamente estas particularidades son el objeto de atención en este capítulo, y se desarrollan bajo los siguientes ejes temáticos: la remisión al derecho internacional de los derechos humanos, el bloque de constitucionalidad y el control de constitucionalidad público.

La remisión al derecho internacional de los derechos humanos

La remisión al derecho internacional fue la estrategia que el constituyente adoptó para, por un lado, evitar textos constitucionales demasiado extensos y complejos y, por el otro, para generar mayores posibilidades de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Ello sin duda representó un quiebre profundo, tanto en la forma como en la materialidad del derecho. Las ventajas de esta estrategia, como se verá a continuación, se producen en distintas dimensiones de análisis.

La apertura al derecho internacional

Las constituciones latinoamericanas adoptaron una estrategia eficiente para incorporar en su cuerpo derechos humanos y fundamentales; esto es las cláusulas remisorias, disposiciones que hacen un reenvío a instrumentos internacionales de derechos humanos. Dentro de ese catálogo se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Pero la CADH no es una norma exclusiva del derecho internacional regional que los Estados deben observar, existen otras como declaraciones, convenciones y pactos. Este conjunto se incorpora al bloque de constitucionalidad de los Estados Parte, entendido como un conjunto amplio y diverso de normas.

Las ventajas de la apertura al derecho internacional

Las ventajas que tiene la apertura de los ordenamientos internos al derecho internacional de los derechos humanos no pueden reducirse al campo del derecho, reciben también su gracia el social, el político, el científico, el económico, entre otros. En esos contextos dichas ventajas pueden resumirse en fortalecer y ampliar:

- el catálogo normativo de los Estados
- el canon hermenéutico
- la argumentación y la retórica
- los métodos de decisión judicial

Otras ventajas estarían relacionadas con los siguientes aspectos: promover la armonización de los sistemas de derecho, así como el análisis y la discusión sobre el principio de soberanía y las buenas prácticas de gobierno; impulsar no solo el diseño e implementación de reformas constitucionales, las leyes y las demás normas, sino también el diseño e implementación de políticas públicas y medidas concretas; reforzar el pluralismo jurídico; facilitar un diálogo entre sistemas y tribunales; fortalecer la democracia y la participación; y permitir un debate político y público sobre los derechos humanos.

Todas estas ventajas tienen un efecto directo en el debate, en la aplicación y en la eficacia de los derechos humanos y fundamentales

en el Estado constitucional (Gutiérrez y Londoño, 2022). El goce de estas prerrogativas no es algo que “es”, sino algo que “debe ser”; es decir, que no es una realidad entera para los Estados, sino una aspiración. Será una realidad cuando los Estados se “convencionalicen”; es decir, cuando exista una real armonía con los estándares internacionales de derechos humanos.

Características y finalidades de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Los instrumentos internacionales de derechos humanos son, como se afirmó extensamente en el primer capítulo, normas de contenido moral; son en ese sentido inherentes a la persona humana, sin distinción alguna. Son normas esenciales, connaturales e inalienables, cuya mayor expresión es la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Por lo general, estos derechos se encuentran reconocidos en textos de alcance internacional, como tratados, convenios, convenciones, pactos, entre otros. Asimismo, han sido reconocidos en constituciones y en otras normas. Se advierte la presencia de otros derechos que no tienen espacio formal en los textos, pero que materialmente existen, por ser inherentes a la persona humana (no todos los derechos se encuentran consagrados en normas escritas).

Eduardo Góngora afirma que los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen unas características especiales y unas finalidades concretas. Para este autor:

1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales. (Góngora, 2014, pp. 301-302)

De igual manera, estos estándares jurídicos, por su fuerza jurídica, no pueden ser limitados en ningún contexto, aunque algunos pueden ser restringidos, sin afectar su núcleo esencial. La fuerza de los instrumentos internacionales permite hablar de su prevalencia (lo que no quiere decir supremacía) frente a las demás normas de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Dicha prevalencia solo tiene un sentido completo dentro del bloque de constitucionalidad. En esas palabras, la prevalencia se predica frente a las normas ordinarias, no frente a la Constitución.

Se consideran también normas sustantivas que complementan otros sistemas al integrarse al bloque de constitucionalidad de cada Estado. Este conjunto normativo se configura como canon hermenéutico, es decir que son normas con luz propia, y por esa condición irradian de claridad a otras normas del orden jurídico, permitiéndoles encontrar el significado y sentido correcto para continuar con su aplicación. También se concibe como parámetros de constitucionalidad, los cuales ayudan a resolver conflictos constitucionales, relacionados sobre todo con la validez normativa. Son, de esa manera, normas que ayudan a dictaminar la inaplicación o exclusión de otras normas, al carecer de legitimidad constitucional.

El contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un contenido heterogéneo, dentro del cual se pueden relacionar las siguientes normas:

- Derechos civiles y políticos
- Derechos económicos, sociales y culturales
- Derechos de solidaridad de los pueblos
- Derechos colectivos
- Derechos fundamentales
- Derechos de las generaciones futuras

Actualmente, la discusión gira alrededor del reconocimiento, dentro de la categoría de derechos humanos, de otros derechos con contenido especial, como los derechos de la naturaleza y de los animales.

El bloque de constitucionalidad

La institución “bloque de constitucionalidad” puede ser comprendida desde diferentes perspectivas; sin embargo, todas coinciden en un aspecto esencial: la existencia de normas que no tienen letra en el cuerpo de la Constitución formal, pero que hacen parte del *curpus iuris* material. De este modo, el bloque de constitucionalidad es el catálogo normativo integrado por disposiciones de diferente naturaleza, forma, rango y jerarquía, que no necesariamente están positivizadas en el texto, pero que conforman un bloque sustantivo y procedimental.

La recepción formal de la doctrina del bloque de constitucionalidad en América Latina: cuatro ejemplos

Uprimny (2008) señala que la doctrina del bloque de constitucionalidad se originó tempranamente en el constitucionalismo de los Estados Unidos (casos *Lochner* de 1905 y *Roe* de 1973); posteriormente se desarrolló en el constitucionalismo francés (Decisión D-39 de 1970 y D-44 de 1971) y tardíamente se trasplantó en el derecho de América Latina.

En este escenario, la recepción de la doctrina del bloque de constitucionalidad se produjo en el siguiente orden: Panamá (Constitución de 1972); Colombia (Constitución de 1991); Ecuador (Constitución de 2008) y Bolivia (Constitución de 2009).

Con el mismo tenor se pueden rastrear otros pronunciamientos en los estados constitucionales latinoamericanos. Dichos estándares se reconocen como un canon hermenéutico y un parámetro de constitucionalidad, que procura dar sentido a las demás normas

del sistema, incluidas las disposiciones constitucionales. Esa doble función (interpretativa e integrativa) denota una mayúscula importancia de la normatividad internacional en el derecho regional y local.

El contenido del bloque de constitucionalidad

Hace parte de la Constitución de Panamá (1972): la costumbre internacional, el reglamento de la Asamblea de Diputados, algunas disposiciones de la Constitución de 1946, el “Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional”; artículos 8 y 32 de la CADH (Hoyos, citado por Campos, 2014, pp. 1-2) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Costa Rica (Góngora, 2014, p. 311).

En el caso colombiano, conforman el bloque de constitucionalidad las siguientes normas¹:

- Constitución formal
- Tratados y convenios internacionales, según el artículo 93 constitucional
- Leyes aprobatorias de los tratados y convenios
- Derechos inherentes, según el artículo 94 constitucional
- El precedente constitucional
- El precedente convencional respecto de Colombia
- Tratados sobre límites
- Leyes estatutarias
- Leyes orgánicas
- Algunos pronunciamientos de “organismos internacionales de derechos humanos” (Quinche, 2016)

1 Este complejo normativo admite una previa clasificación: *bloque estricto sensu* y *bloque lato sensu* (CC. SC-225, 1995). El bloque estricto hace referencia a un conjunto de normas distintas, diversas, diferentes, pero que tienen igual jerarquía. Dentro de este conjunto se encuentran las normas citadas hasta el punto siete. El bloque lato (amplio), además de incluir el bloque estricto, se complementa con otras normas que tienen una jerarquía subordinada, como las relacionadas en los tres últimos puntos.

En el constitucionalismo boliviano, el bloque de constitucionalidad, según lo explica Vargas, se conforma de las de las siguientes normas y principios:

1) La Constitución como norma positiva; 2) los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos; y 3) Las normas comunitarias. (..) debe establecerse además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional. (2019, p. 165)

En una geografía constitucional cercana, según lo indica Paúl Pérez, el bloque de constitucionalidad ecuatoriano está conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el cual se integra al orden interno, a través de cláusulas remisorias y vía interpretación. Además, son parte de este bloque:

[...] un conjunto de reglas, principios, valores desarrollados a la luz del principio de la dignidad del ser humano y cubiertos por el principio *pro homine*, que son incorporados directamente al texto constitucional, dotando de validez y unidad al sistema jurídico y obligando a su aplicación inmediata y directa por quienes administran la justicia. (Pérez, 2019, p. 110)

De este contenido se resaltan estructuras normativas que obedecen a la diversidad, como el *buen vivir*, la pacha mama, la interculturalidad, la plurinacionalidad, entre otras. Estas fórmulas se replican en el constitucionalismo andino.

Las funciones del bloque de constitucionalidad

Teniendo presente el contenido general del bloque de constitucionalidad, es necesario responder la siguiente pregunta: ¿cuál es la finalidad del bloque de constitucionalidad? En términos generales, la finalidad se encuentra en el plano material y en el

plano procedimental. El primero hace referencia directa a ese sustrato normativo que ingresa y se integra a la Constitución, conformando un catálogo normativo amplio. El segundo hace referencia al carácter procedimental, es decir, que se concibe como un parámetro de constitucionalidad para determinar la correspondencia de normas e interpretaciones con la Constitución.

Así, el bloque de constitucionalidad se consolida como un conjunto normativo extenso, el cual debe ser observado obligatoriamente por las autoridades, ya que es el referente que permite desarrollar el control de constitucionalidad y convencionalidad de los sistemas jurídicos de los Estados. Según lo afirma Astudillo, el trabajo de los jueces mexicanos en función de dichos controles, debe tener en cuenta los siguientes parámetros²:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 10. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. (Astudillo, 2015, p. 123)

En términos de la Corte Constitucional colombiana, el conjunto normativo que conforma el bloque de constitucionalidad es utilizado como parámetro de constitucionalidad de leyes y demás normas, “por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (cc. sc-225, 1995). Desde esta posición se constituye

² Estos parámetros se encuentran establecidos en el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana.

como el determinador de la validez normativa, de tal forma que ninguna norma o interpretación opuesta al bloque puede permanecer vigente dentro del sistema jurídico.

Sin embargo, el bloque de constitucionalidad tiene unos límites en su alcance: (a) ninguna norma de este tiene rango supraconstitucional y (b) no todas las normas se constituyen en parámetro autosuficiente para determinar la validez del derecho interno. Según esto, los tratados y convenios internacionales no son “un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una reforma de la Carta” (cc. SC-146, 2021). Esto significa que deben interpretarse sistemáticamente con otras disposiciones del orden constitucional, para que sirvan de parámetro auténtico para realizar el control de constitucionalidad.

Ventajas, efectos y problemáticas

Teniendo en cuenta la naturaleza, el contenido y los efectos del bloque de constitucionalidad, en las siguientes líneas se realizará una descripción de las ventajas que tiene esta doctrina para los sistemas de derecho internos. Entre estas ventajas se pueden relacionar, por ejemplo:

- La conformación de un catálogo amplio de derechos y garantías para la protección de los derechos humanos
- El trasplante de cánones hermenéuticos, argumentativos y decisionales
- El establecimiento de un diálogo permanente entre los sistemas de derecho
- Profundización del debate sobre la Constitución y los derechos
- La delimitación del principio de jurisdicción y competencias
- La flexibilidad, dinamización y adaptación de los sistemas jurídicos
- La clasificación de normas según su nivel y efectos

En conformidad con Pérez (2019), las ventajas del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional ecuatoriano pueden evidenciarse especialmente en cuatro efectos:

Es así que, el autor en comento observa que la noción de bloque de constitucionalidad ecuatoriano tiene los siguientes efectos prácticos: i) dar sentido coherente a la Constitución; ii) elevar a los tratados internacionales al orden constitucional; iii) la necesidad de delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales; y, iv) delimitación de competencias. (Riofrío, 2006, citado por Pérez, 2019, p. 105)

Empero, el bloque de constitucionalidad puede generar problemas en la determinación de su contenido, significado y efectos, lo que de contera puede generar incertidumbre y contradicciones. Esto crea, al mismo tiempo, una amplia discrecionalidad para el operador jurídico. Por ejemplo, el artículo 33 de la Constitución argentina establece que las “declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. ¿Cuáles son esos derechos no enumerados? ¿Qué efectos tienen? ¿Cuáles son sus características? ¿Cuáles son los límites? Lo cierto es que los jueces constitucionales tienen una facultad amplia para determinarlos.

Ese problema se presenta también en las cláusulas remisorias a instrumentos internacionales de derechos humanos: ¿Cuáles instrumentos? ¿La jurisprudencia de los organismos internacionales y constitucionales hace parte del bloque? ¿Las opiniones consultivas, las recomendaciones, las declaraciones tienen ese rango? ¿Si es así, cuál es su alcance?

Abriendo un poco más el espectro sobre este tema, se puede preguntar: ¿Las normas que integran el bloque tienen el mismo nivel o rango? ¿Tienen la misma función? ¿Tienen la misma finalidad? ¿Se aplican del mismo modo? Estas y otras preguntas son evidencia de los límites en la comprensión completa del bloque de constitucionalidad. Hay que advertir que las respuestas se generan en concreto al interior de cada orden constitucional.

El establecimiento de una justicia constitucional con control público

En esta sección se pretende desarrollar una caracterización del neoconstitucionalismo latinoamericano, con el fin de identificar y explicar los rasgos, atributos y tendencias que lo diferencian de otros tipos de constitucionalismo. Con esa pretensión, dicha caracterización inicia con la referencia a la garantía jurisdiccional de la Constitución y al establecimiento de una justicia constitucional con control público.

La garantía jurisdiccional de la Constitución

El control de constitucionalidad en el neoconstitucionalismo latinoamericano³ se consolidó como un mecanismo efectivo para garantizar la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos humanos y fundamentales.

En los Estados Unidos, en el siglo XIX, los tribunales de los Estados federados habían consolidado un sistema de control de las normas locales de acuerdo con su competencia. Este control operaba a nivel territorial y solo frente a normas de esa magnitud. A finales de dicho siglo y a nivel federal, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso *Marbury versus Madison* de 1803, definió entre otros aspectos, quién debería ser el protector de la Constitución, concluyendo que esa facultad está reservada para el poder judicial, en cabeza del Tribunal superior. Esta

³ Argentina (arts. 22 y 75), Bolivia (arts. 13, 29 y 256), Brasil (arts. 5, num. 2 y 4), Colombia (arts. 44, 53, 93 y 94), Costa Rica (arts. 7, 19, 31, 48 y 105), Cuba (arts. 11 y 12), Chile (arts. 5 y Disposición transitoria num. 24), Ecuador (arts. 3, 10, 41, 57, 58, 171, 172, 329, 422, 424), El Salvador (arts. 28, 84 y 93), Guatemala (arts. 27, 46, 102 y 145), Honduras (art. 119), México (arts. 1, 11 y 18), Nicaragua (arts. 5 num. 6, 42 y 46), Panamá (arts. 4, 20 y 129), Paraguay (arts. 41, 142, 144 y 149), Perú (arts. 37, 140, 205, 56 y Disposición transitoria 4), Puerto Rico (-) República Dominicana (arts. 46 y 74 num. 3) Uruguay (art. 46) y Venezuela (arts. 19, 23, 31, 78, 83 y 155).

competencia múltiple para realizar el control de constitucionalidad se conoce como modelo de control difuso.

En Europa, el establecimiento del control fue distinto, pues en virtud de la supremacía de la ley, derivada de la voluntad popular (Rousseau), el control de constitucionalidad durante el siglo XIX y hasta las primeras décadas del siglo XX quedó en manos del poder legislativo. Con la influencia de Kelsen, posteriormente se estableció un control de constitucionalidad judicial de carácter concentrado; es decir, que esta función era exclusiva del Tribunal constitucional.

La mayoría de los Estados latinoamericanos construyeron un modelo de control siguiendo esas experiencias. El modelo que se estableció en estas fronteras es entonces un control mixto, el cual de manera concentrada lo desarrollan los tribunales constitucionales y de manera difusa el poder judicial y algunas autoridades administrativas.

La acción pública de inconstitucionalidad

El referido control en América Latina se acompaña de una acción pública, la cual legitima a algunas autoridades o ciudadanos para cuestionar la validez de una norma frente a la Constitución. La acción pública de inconstitucionalidad (API) es un mecanismo democrático, aunque limitado a los ciudadanos, que permite reprochar y cuestionar la validez de una norma ante un tribunal constitucional, órgano que se pronuncia a través de una decisión que tiene efectos *erga omnes* y cosa juzgada. En caso de que el órgano constitucional encuentre razonable el reproche de la norma determinará su inconstitucionalidad; caso contrario reafirma su validez.

Respecto al origen del control de constitucionalidad de carácter público, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-093 de 1993, señaló que esta figura nació en el constitucionalismo colombiano, en la primera década del siglo XX. Dice el Alto Tribunal:

Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber

consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública.

Ello se consagró en la Ley 2a. de 1904, artículo 2º, para los decretos leyes, y en el Acto Legislativo N°3 de 1910 para las leyes —formales y materiales—. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968 conservaron la acción pública de inconstitucionalidad. (cc. SC-093, 1993)

Otras esferas constitucionales siguieron este ejemplo, no solo para garantizar la supremacía e integridad constitucional, sino también para lograr su eficacia, y en particular para hacer efectivos los derechos fundamentales.

Algunos ejemplos de la consagración de la API en las constituciones latinoamericanas

Son varias las constituciones que hacen referencia al control de constitucionalidad de carácter público. Por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991 establece la API en varias disposiciones: artículo 40, según el cual los ciudadanos pueden interponer “acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (numeral 6); artículo 241, numerales 1, 4 y 5; artículo 242, cuyo tenor reza que todo “ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros”. Nótese que para el caso de la acción pública la legitimación activa se restringe a la calidad de ciudadano, limitación que se levanta tratándose de la acción pública en el control difuso, es decir, para interponer acciones de tutela o amparo, incumplimiento, populares y de grupo, habeas corpus, habeas data, entre otras.

La Constitución del Ecuador (2008) establece que cualquier “persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” (art. 86, núm. 1). Específicamente, el artículo 436 faculta a la Corte para “resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general

emitidos por órganos y autoridades del Estado” (núm. 2). También procede “frente a los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad” (núm. 4). Estas disposiciones, igual que en el caso colombiano, se complementan con otras acciones que se desarrollan en el ámbito del control difuso.

La Constitución boliviana de 2009 reconoce igualmente, la acción pública de inconstitucionalidad, al prescribir que toda persona individual o colectiva “afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad” (art. 132). La sentencia que declare “la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos” (art. 133). Cabe resaltar que la legitimación para presentar la acción no se restringe a los ciudadanos, como en las anteriores constituciones, sino que se abre de una forma más democrática a todas las personas.

En el mismo sentido, la Constitución de Guatemala (1985) señala que “en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley” (art. 266). Implícitamente, esta disposición autoriza el control de constitucionalidad difuso. El control concentrado es facultad de la Corte Constitucional de Bolivia, órgano que conocerá de las acciones “en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad” (arts. 267 y 272). Estas disposiciones no se refieren directamente a la legitimación popular; pero se puede inferir de su contenido.

En conclusión, en el constitucionalismo latinoamericano, con algunas excepciones, se ha establecido un control de constitucionalidad público, a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

El canon hermenéutico en el Estado convencional y los derechos humanos

- **CON LAS APROXIMACIONES** en el Estado convencional los derechos humanos necesitan de estrategias para lograr su eficacia, una de ellas es la adopción de un canon hermenéutico fuerte, representado en métodos de interpretación y en metodologías de decisión judicial. Se resaltan dentro de las primeras la interpretación conforme y el *principio pro persona*. Dentro de las segundas se encuentra la ponderación y el principio de proporcionalidad.

La instauración de una justicia convencional

La eficacia de los derechos humanos y fundamentales, como se ha podido evidenciar, no depende solo del establecimiento de una justicia constitucional, sino que se hace necesario establecer y reforzar una justicia convencional. Este modelo se alimenta de un conjunto de organismos, acciones e instancias jurídicas, cuyo objetivo es la protección de la CADH y sus normas conexas (normas convencionales); así como la defensa y garantía de los derechos humanos en general y de los derechos fundamentales en particular.

La convencionalización del derecho

La *convencionalización del derecho* se define como la necesidad de interpretar y aplicar el derecho de los Estados según los mandatos de la CADH. Este instrumento fue aprobado el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Esta norma internacional se sustenta en los derechos esenciales y atributos de la persona; por ese motivo, los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar y garantizar su contenido, sin ningún tipo de discriminación. En virtud de ese compromiso, los Estados deben adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (CADH, art. 2, 1969).

Los órganos competentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) facultados para vigilar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados son: (a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CmIDH), (b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CridH) y los Estados Parte. Esta distribución de competencias hace que los Estados sean los primeros y directos responsables frente a la protección de los derechos humanos; los demás organismos del Sistema solo activarán sus facultades de manera subsidiaria o complementaria (Santano, 2019). Estas autoridades deben vigilar que el proceso de convencionalización se desarrolle de manera efectiva, con el objeto de consolidar garantías comunes para la protección de los derechos humanos.

Distintas son las estrategias para lograr la convencionalización del derecho, siendo el control de convencionalidad una estrategia relativamente efectiva. Este control se desarrolla de tres formas: a) el control de convencionalidad concentrado; b) el control de convencionalidad intermedio y c) control de constitucionalidad difuso. El concentrado es responsabilidad directa de la CridH; el intermedio lo ejerce la CmIDH y el difuso lo aplican las autoridades de los Estados Parte. ¿Cuáles autoridades? La respuesta es “todas”: los poderes públicos y los organismos autónomos de los Estados son responsables por el desarrollo del control difuso de convencionalidad. Este control permite “que la autoridad contraste

si la norma interna que pretende aplicar no resulta contraria o restrictiva” (Rodríguez y Tinoco, 2019, p. 24).

Según Miguel Carbonell, son cuatro etapas de evolución:

1) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile: la autoridad es el poder judicial. 2) Caso trabajadores cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros vs. Perú: la autoridad se extiende a los órganos del poder judicial. 3) Caso Cabrera García y Montiel y Flores vs México: la autoridad son los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y 4) Caso Gelman contra Uruguay: el control de convencionalidad lo ejerce cualquier autoridad y no solamente el poder judicial. En el mismo sentido la CRIDH, en el Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, reiteró que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. (Carbonell, 2013, citado por Zeballosf-Cuathin, 2021, p. 169)

Sin embargo, lo cierto es que ha sido difícil que todas las autoridades se muevan en ese sentido, razones de desconocimiento de este nuevo derecho, temor a prevaricar, pereza argumentativa, ausencia de voluntad política, entre otras razones, pueden incidir en la omisión frente a su responsabilidad con el derecho convencional. Los jueces, por tanto, han asumido parcial y superficialmente la responsabilidad en el trabajo de la convencionalización del derecho y en el control de convencionalidad difuso.

Ejemplo de la dificultad en el proceso de convencionalización es la Sentencia Petro Urrego contra Colombia, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó hacer compatible el derecho interno con la Convención, en el sentido de que los funcionarios democráticamente electos no podían ser destituidos o inhabilitados por una autoridad administrativa (Procuraduría General de la Nación), pues esa función según la Convención está reservada para los jueces dentro de un proceso penal. Sin embargo, el Legislador por medio de la Ley 2094 de 2021, invistió

de funciones jurisdiccionales al organismo de control⁴, tergiversando la orden de la Corte interamericana. En igual sentido, actuó el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1851 de 2021, al crear más de 1200 cargos en la Procuraduría, con la justificación de dar cumplimiento a la orden del Tribunal internacional. La respuesta de la CRIDH frente al informe de cumplimiento que presentó Colombia es contundente.

El control de convencionalidad: características y sus finalidades

El control de convencionalidad es el mecanismo que permite validar normas de los Estados Parte frente a la CADH y demás normas convencionales. A través de este mecanismo se busca controlar que las normas, interpretaciones o actuaciones de los Estados no amenacen, contraríen o vulneren el contenido de dichas disposiciones. En otros términos, es “la aplicación a un caso concreto, de las normas convencionales, como criterio de interpretación en su sentido lato y, no restringido, siempre que favorezca la protección de los derechos” (Robles, Robles y Julca, 2021, p. 68).

La CRIDH, en sentencia Palacio Urrutia y otros contra Ecuador, reiteró lo establecido en el caso Almonacid Arellano contra Chile, en las siguientes letras:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana*. (CRIDH, 2021)

4 Finalmente, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-030 de 2023.

Recientemente, en sentencia Federación Nacional de Trabajadores marítimos y portuarios contra Perú, la CRIDH manifestó que el mencionado control se ejerce “de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos” (CRIDH, 2022). En suma, el control de convencionalidad es la institución mediante la cual se establece un procedimiento que limita la producción, interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados Parte, al considerar que esa actividad contraría la CADH y demás normas convencionales.

El control de convencionalidad tiene las siguientes características:

(i) Debe ser llevado a cabo por todas las autoridades estatales de manera oficiosa.

(ii) Implica la confrontación entre normas nacionales, de un lado, y la CADH, los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales es parte el Estado junto con la interpretación que ha efectuado la Corte IDH sobre estos instrumentos, de otro lado.

(iii) No existe un modelo único de CCI, porque opera en el marco de las competencias de cada autoridad estatal y de las regulaciones procesales correspondientes. (cc. SC-146, 2021) [cita]

Este control permite proteger la legitimidad y la eficacia de los derechos humanos contenidos en las normas convencionales, y, particularmente:

- Permite mejorar “el ámbito de aplicabilidad de la legislación nacional, en función a los parámetros dispuestos en la CADH”.
- “Permite el diálogo progresivo, sostenible, vinculante, complementario y de mejor interpretación de los Derechos Humanos entre órganos jurisdiccionales”.
- “Permite la interdependencia de los órganos jurisdiccionales nacionales a las decisiones de la Corte IDH, sobre la cual los jueces nacionales se convierten *en parte del Derecho Convencional*” (Aguilar *et al.*, 2021, p. 40).

Estas ventajas se complementan con las siguientes:

- promover la armonización del derecho interno de los Estados con las disposiciones convencionales, así como un análisis y debate profundo (político y jurídico) sobre los derechos, y también un diálogo horizontal entre los sistemas de derecho y la jurisprudencia,
- presionar una depuración del derecho interno de los Estados y
- propiciar escenarios para la pedagogía de los derechos humanos.

Competencia para ejercer el control

La competencia para aplicar este control se desarrolla por los órganos competentes en tres dimensiones: concentrado, intermedio y difuso. El control concentrado lo realiza la CRIDH, el control intermedio lo realiza la CIDH y el control difuso lo realizan todas las autoridades de los Estados Parte.

Control concentrado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce el control concentrado de tres formas: en consultas, en extrema urgencia y en conocimiento del caso concreto.

1. En consultas:

- a. Resuelve las consultas que realicen los Estados sobre la interpretación de las normas convencionales.
- b. Da opiniones previas sobre la “compatibilidad” entre las normas de los Estados y las normas convencionales.

2. En el caso de extrema gravedad y urgencia sin conocimiento directo:

En los casos que todavía no están bajo su conocimiento, la Corte puede ordenar medidas provisionales, previa solicitud que haga la Comisión, en caso de extrema gravedad y urgencia y con el propósito de prevenir un perjuicio irremediable.

3. En conocimiento del caso concreto:

Agotado el procedimiento previo, los Estados o la Comisión pueden someter el caso a la Corte, órgano que decidirá y tomará

cualquiera de las siguientes medidas para proteger los derechos humanos:

- a. Declarar o no la responsabilidad del Estado
- b. Ordenar medidas provisionales
- c. Ordenar que se garantice el derecho o libertad infringidos
- d. Ordenar la reparación integral
- e. Ordenar la indemnización justa
- f. Ordenar el pago de las costas y gastos del proceso, como parte de la reparación
- g. Ordenar la adecuación o armonización del ordenamiento jurídico interno conforme los parámetros señalados en la sentencia

Control intermedio. Llamado así porque lo realiza un órgano que media entre la Corte y los Estados en algunos asuntos; esto es la Comisión Interamericana. Este organismo tramita las denuncias o quejas que le presenten las personas (en forma individual o colectiva) o las organizaciones no gubernamentales reconocidas por los Estados.

Son requisitos previos a la admisión:

- a. Que se hayan interpuesto los recursos disponibles en el derecho interno de los Estados
- b. Que se presente dentro de los seis meses a partir de la notificación del acto lesivo
- c. Que la materia de la petición no esté pendiente en otra instancia
- d. La individualización de la persona, personas o ente que someta el asunto (CADH, art. 46, 1969)

Son excepciones al contenido de los literales a y b las siguientes:

- a. Ausencia en el derecho interno de un debido proceso para garantizar los derechos
- b. Barreras en el acceso a los recursos del derecho interno
- c. Retardo injustificado en la investigación y decisión, según el derecho interno

Según la Convención, la Comisión tiene las siguientes funciones, las cuales hacen efectivo el control de convencionalidad intermedio:

- a. Solicitar a los Estados información sobre la aplicación de la CADH
- b. Solicitar información al Gobierno del Estado infractor de los derechos humanos
- c. Verificar la presencia de razones que funden la responsabilidad del Estado
- d. Realizar investigaciones y evaluaciones sobre las peticiones
- e. Promover soluciones amistosas posibles
- f. Solicitar a los Estados la adopción de medidas cautelares
- g. Solicitar a la CRIDH adoptar medidas provisionales, en caso de extrema urgencia y gravedad

Control difuso. Cuando el Estado ratifica la CADH, inmediatamente queda supeditado y sometido a ella, por lo que debe velar porque las normas internas no sean contrarias a su objeto y fin. Por esa razón, las autoridades de los Estados, entre ellas el poder judicial, deben ejercer el control de convencionalidad. Así lo señaló la CRIDH en el Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana. (CRIDH, 2012)

Se resalta que el control de convencionalidad es ejercido por todas las autoridades de los Estados Parte (poderes públicos, organismos autónomos y autoridades en general), consolidándose como un mecanismo más democrático y participativo, en comparación con el control difuso de constitucionalidad.

Estas autoridades pueden ejercer el control de convencionalidad según la órbita de sus competencias. De forma activa, los órganos del poder judicial facultados pueden declarar la “inconvencionalidad” de una norma del derecho interno; o bien podrían utilizar la excepción de “inconvencionalidad”, del *mismo modo* que aplican la excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, todavía hay trochas que caminar en este sentido: las autoridades no tienen plena conciencia de su rol ni de los instrumentos que el derecho les ofrece, para garantizar la protección de los derechos humanos. Hace falta conocimiento, pedagogía y mecanismos procesales para que el control de convencionalidad difuso se haga efectivo. Al igual que el proceso de constitucionalización, el proceso de convencionalización del derecho requiere de tiempo y constancia, pues es un asunto inacabado y difícil.

La adopción de un canon hermenéutico amplio y novedoso

La rematerialización de la Constitución exige la apropiación de nuevos modelos de interpretación, con el fin de encontrar su *ethos*, como dice Zagrebelsky. En efecto, las formas jurídicas que integran la Constitución no pueden interpretarse y aplicarse según los viejos métodos de interpretación, por lo que vía trasplante y desarrollo jurisprudencial se ha construido un canon hermenéutico con el cual se pretende responder a las exigencias que la Constitución impone.

La interpretación legislativa y los modelos reaccionarios del siglo xx

El derecho —sobre todo el derecho ligado a la concepción positivista— se presentaba como una cuestión acabada, que debía aplicarse sin ninguna otra consideración. Esta aplicación operativa del derecho utilizaba el método deductivo en lo que se conoce como el silogismo jurídico, cuya estructura obedece a una subsunción; premisas que se subsumen unas a otras hasta llegar a una conclusión o consecuencia jurídica. El silogismo era el método, la subsunción el procedimiento. Este planteamiento

radicalmente formalista excluía la discrecionalidad del juez y con ello su capacidad volitiva, reduciendo su actividad a un ejercicio mecánico, como diría Montesquieu.

Recasens Siches precisa su crítica frente a este absolutismo formal diciendo:

La lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia [...] hay que emplear un tipo diferente de logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de esta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de esta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia. (1986, p. 642)

En este sentido, con el fin de contrarrestar la fuerza de los modelos esquemáticos, aparecen al final del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX nuevos métodos de interpretación. Para estos modelos, la letra de la ley no tiene un significado único y válido, razón que justifica la apropiación de métodos flexibles de interpretación. Dentro de estas propuestas se encuentra la escuela dogmática alemana, representada por Savigny, quien propuso la interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática. La otra tendencia es la escuela de la libre investigación científica, desarrollada por François Gény. Desde este planteamiento, la interpretación del derecho no puede concentrarse exclusivamente en la legislación, sino que debe tener en cuenta la intención del legislador: el juez debe interpretar como lo haría ese legislador para el presente.

Empero, la sujeción de estas propuestas a la ley y a la intención del legislador representa limitaciones en varios sentidos. En primer lugar, suponen que los sistemas jurídicos son completos gracias a la legislación y a las categorías generales que allí se contienen. En segundo lugar, insisten en que las respuestas jurídicas se encuentran en la legislación y en la voluntad de sus autores. En tercer lugar, no consideran que el juez pueda suplir activamente las deficiencias del derecho positivo. Por estas razones, el derecho dinámico tuvo que exigir nuevas formulaciones interpretativas.

Ciertamente, aparecieron otras alternativas para interpretar y aplicar el derecho: la jurisprudencia de conceptos (Ihering); la escuela del derecho libre (Kantorowicz); el realismo jurídico (Frank y Holmes); la tópica, retórica y argumentación (Viehweg, Toulmin, Gadamer, Perelman, Maccormick y Alexy); el normativismo (Kelsen, Cossio, Austin y Hart); el uso alternativo del derecho (Ferrajoli y Magistratura Democrática); el consecuencialismo (Bentham, Mill y Posner); el escepticismo (Dworkin), entre otras, intentarán extraer al derecho del claustro en el que se encontraba para armonizarlo con las nuevas exigencias y realidades jurídicas.

Los resultados de esas alternativas pueden representar un avance en la interpretación y aplicación del derecho, pero todavía son insuficientes, porque, como se compartió anteriormente, el contenido del derecho contemporáneo dejó de ser singular, de un lado, y del otro las realidades son extensas, complejas y abstractas. Ello es evidente en el Estado constitucional, en el cual la Constitución no se reduce a un texto formal sino a un catálogo material que conforma el bloque de constitucionalidad. Ese catálogo, rematerializado por normas distintas a las reglas, exige nuevos modelos de interpretación, argumentación y decisión.

Sin embargo, como herencia de los modelos anteriores, han quedado rezagos hermenéuticos que vician la identificación del significado correcto en el marco de los derechos humanos y la justicia, aunque no se niega que en otros contextos pueden ser correctas. Ejemplos de estos yerros son la interpretación subjetiva, la cual busca descubrir la intención del constituyente, y la interpretación literal, apegada a la estructura formal de la norma.

La experiencia ecuatoriana, según Jorge Benavides, refleja muy bien esas tendencias hermenéuticas en la Corte Constitucional ecuatoriana, respecto al matrimonio igualitario.

[...] por ello [...] se puede advertir, en la sentencia analizada, la preocupación del juez constitucional sobre la cultura jurídica ecuatoriana, fuertemente formalista, que limita el campo de aplicación del derecho a la exégesis de las normas, dotando de significados reduccionistas a todo el derecho. De ahí que los argumentos literal e intencional, guiados por la deferencia a la amplia discrecionalidad del constituyente y del legislador, al configurar la Constitución y las leyes, serían determinantes para afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano “no confiere poder jurídico a las personas del mismo sexo para contraer matrimonio. (2020, p. 158)

Finalmente, en este caso, la tendencia formalista, defensora de la literalidad y del deductivismo, perdió la batalla frente a la tendencia progresista. La propuesta de una interpretación razonable, integral y dinámica de la Constitución fue acogida por la mayoría de los magistrados de la Corte ecuatoriana.

De esa forma lo ha concebido también la Corte Constitucional colombiana, alrededor de la discusión sobre este tema. En esa oportunidad, el Organismo de cierre afirmó que la Constitución es un texto abierto, deóntico y no prohibitivo. Dijo expresamente:

Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de estos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad. (cc. SU-214, 2016)

Como se puede apreciar en estos casos, interpretar los enunciados de la Constitución exige un esfuerzo amplio, sobre todo porque los contenidos de esta son bastante extensos, elásticos, indeterminados y en algunos casos contradictorios. Por tanto, en la interpretación constitucional debe tenerse en cuenta distintas dimensiones y ámbitos de actuación (política, moral, social, económica, cultural, etc); así como las posibilidades, mecanismos y herramientas que ayuden a identificar y a precisar los significados “correctos”. Sin duda, ello demanda realizar cambios institucionales, procedimentales y valorativos. Dentro de estos cambios la preparación de jueces virtuosos⁵ (y en general de los operadores del derecho) será imprescindible y fundamental. Esta propuesta encierra también el empoderamiento de las demás autoridades del Estado.

Con esas premisas se avanza en la adopción de nuevos cánones hermenéuticos, como la interpretación conforme y el principio *pro persona*.

La interpretación conforme constitucional

A la par de esos cambios orgánicos, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos se hace necesario ratificar algunos los métodos de interpretación existentes, los cuales dependen de la concepción del derecho particular. Esto significa que algunos viejos métodos de interpretación no son desechados automáticamente, ya que estos pueden eventualmente obtener validez constitucional. Sobre este punto dice Zagrebelsky:

-
- 5 No son pocas las críticas que se desatan frente a la labor de los jueces, pero todas ellas, hasta que no se consolide un paradigma hermenéutico único, carecen de fundamento válido. Entre ellas se encuentran críticas como la del abuso del *poder contramayoritario* depositado en el poder judicial, poder que se ha desbordado de su competencia para afectar negativamente el principio democrático. Se dice que ahora el Gobierno lo ejercen los jueces a través de sus sentencias, quitándole sus facultades propias al poder ejecutivo, y en algunos casos al poder legislativo, cuando el juez actúa como legislador negativo.

En efecto, todo método, de por sí, remite a una cierta concepción ontológica del derecho: por ejemplo, la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural. (1995, pp. 135)

Estos métodos deben constitucionalizarse, de tal forma que la interpretación que no se ajusta a los mandatos de la Constitución debe descartarse como canon hermenéutico válido. La Corte Constitucional de Colombia afirmó que “la utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición de que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución” (cc. SC-054, 2016). De esta manera, la vigencia de los métodos tradicionales de interpretación depende de la conformidad con la Constitución. En consecuencia, el operador jurídico, intérprete en este contexto, tendrá la obligación de validar el modelo interpretativo frente la Constitución, con el fin de evitar una infracción a la Carta suprema.

La interpretación conforme constitucional señala que toda norma o interpretación deben ajustarse al contenido material de la Constitución. Así lo comprende Manuel Atienza, al afirmar que la interpretación constitucional “marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución” (2019, p. 151). A través de este canon se protege y garantiza el principio de supremacía constitucional y la eficacia de los derechos humanos,

especialmente los fundamentales. De ahí que la cláusula de interpretación conforme se constituya como un principio rector para la aplicación e interpretación del orden jurídico interno de los Estados.

Ahora bien, en las sociedades diversas la Constitución debe validar las interpretaciones que de su contenido hagan personas, grupos, comunidades y demás formas de organización social. Esto significa que la interpretación constitucional debe democratizarse y abrirse a otros espacios para tener mayores posibilidades de justicia. Häberle lo dice de la siguiente manera:

Para una investigación realista de la realización de la interpretación, puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad son “fuerzas de producción interpretativa”. Intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta “en última instancia” [...]. Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional, como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas. (2008, p. 32)

Por ejemplo, interpretar los derechos indígenas significa tener en cuenta no solo la legislación, sino la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que los protegen; pero, además, exige conocer e interpretar su cultura, sus formas de justicia y sus necesidades, lo que no será posible sin una interpretación y traducción intercultural. Para entender sociedades plurales se necesita una “interpretación intercultural decolonial” (Montalván, 2019). Una verdadera democracia constitucional debe respetar y acoger estas formas particulares de existencia, sus interpretaciones y sus significados. Una simbiosis cultural es necesaria.

La interpretación conforme convencional

En el Estado Constitucional y convencional de derecho, es decir el Estado que tienen como fundamento normativo tanto la Constitución como la CADH, entre otros estándares internacionales, la exigencia de interpretación es un poco más compleja, sobre todo porque las autoridades del Estado deben dotar de contenido a un canon normativo indeterminado y extenso. Asimismo, el conjunto normativo de los Estados debe aplicarse e interpretarse de conformidad con dichos estándares convencionales, a través de la interpretación conforme convencional.

La jurisprudencia convencional se encargó de formular, según lo señala Ximena Medellín, cuatro principios de interpretación: “(i) la interpretación armónica o sistémica; (ii) la interpretación evolutiva; (iii) la interpretación consensual, y (iv) la interpretación expansiva” (2019, p. 409); sin embargo, no fueron suficientes para explicar el contenido y efectos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que tuvo que establecer otros cánones hermenéuticos, como la interpretación conforme y el principio *pro homine* o *pro persona*.

Respecto a la interpretación conforme, Roldán destaca la importancia de la jurisprudencia de la CRIDH en este ámbito:

La consolidación de un Estado constitucional y Convencional de Derecho debe partir de un desarrollo jurisprudencial indispensable en torno a la cláusula de interpretación conforme por la línea de precisar que el contenido constitucional de los derechos fundamentales debe entenderse integrado a partir de las previsiones convencionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es el tribunal constitucional el que dota de este contenido a la luz de su interpretación, y en un diálogo jurisprudencial. (2015, p. 149)

En ese escenario (en el Estado constitucional y convencional de derecho) la interpretación conforme hace compatible las normas y su valoración interpretativa con el contenido de la Constitución y con las normas convencionales. Además, debe observar la

jurisprudencia de los intérpretes autorizados, es decir la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y de la CRIDH. Así lo reiteró el Tribunal en sentencia Palacio Urrutia y otros contra Ecuador, al señalar que las autoridades, en ejercicio del control de constitucionalidad, “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención” (CRIDH, 2021). No obstante, esta regla no es absoluta, pues como lo dice la Corte Constitucional colombiana, debe ajustarse a la interpretación sistemática y armónica derivada de la Constitución y de otros estándares internacionales. En consecuencia, dicha interpretación no puede “ser trasplantada automáticamente” y de manera “irreflexiva” (cc. SU-146, 2021).

En términos formales, las constituciones latinoamericanas han establecido en sus cuerpos varias disposiciones referentes a la interpretación conforme convencional; por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) la estableció en el artículo 1⁶; la colombiana en el artículo 93, entre otros; la Constitución boliviana (2009) la hizo expresa en el artículo 13⁷; la Constitución del Perú de 1993 la consagró en el artículo 4 y la Constitución del Ecuador (2008) los hizo ampliamente en los artículos 424, 426 y 427.

El principio *pro persona* (*pro homine*)

El principio *pro persona* o *pro homine* es un estándar hermenéutico que debe ser observado por todas las autoridades de los Estados, por su importancia y por el efecto que tiene en la eficacia de los derechos humanos y fundamentales. El principio *pro persona* es “un criterio hermenéutico básico, esencial, propio del derecho internacional de los derechos humanos” (Díaz, 2021,

-
- 6 En el artículo 1.º de la Constitución Mexicana se pueden apreciar con claridad dos categorías hermenéuticas precisas: (1) la cláusula de interpretación conforme y (2) el principio *pro persona*.
 - 7 Nótese que la redacción de esta disposición guarda similitud con el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

p. 94). Es, pues, un canon hermenéutico que se deriva del “objeto y fin” de la Convención, en el sentido de hacer valer, por una parte, la preferencia interpretativa que mejor optimice los derechos humanos y, por la otra, la que mejor favorezca la persona humana (Castañeda, 2015, pp. 18-19).

Según Ximena Medellín, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha movido en tres escenarios interpretativos para explicar el alcance del principio *pro persona*: la interpretación armónica de los sistemas; la interpretación expansiva de las obligaciones del Estado y la interpretación expansiva de las normas más favorables. Dice Medellín:

El primero de ellos implica la interpretación armónica de las disposiciones que reconocen los derechos humanos, a fin de expandir el contenido normativo de los derechos. Como complemento necesario de este tipo de argumentación, en segundo lugar, la Corte IDH ha realizado una interpretación expansiva o amplia del alcance de las obligaciones estatales, en tanto una condición fundamental para la exigibilidad de los derechos. En tercer lugar, el principio *pro persona* se ha utilizado para excluir cualquier interpretación que conduzca a engrosar las limitaciones a los derechos humanos. (2019, p. 411)

Desde ese espectro, los operadores del derecho deben aplicar e interpretar las normas en el sentido que más ventaja represente a la persona humana. La favorabilidad se predica frente a dos o más normas o frente a dos o más interpretaciones. En esta última opción, el intérprete “deberá preferir aquella alternativa de interpretación que sea más favorable para el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención” (Rodríguez, Puppo, Gama y Cerdio, 2013, p. 26).

En sentido similar, el principio *pro persona* abarca la interpretación más amplia y menos restrictiva frente a los derechos humanos. La Corte Constitucional colombiana definió el principio *pro homine* de la siguiente manera:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (cc. ST-284, 2006)

Sobre este principio puede citarse también a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (CSJN), Tribunal que ha reiterado que el principio *pro persona* es un criterio que permite concluir que frente a un derecho que esté reconocido en varias fuentes (se refiere a la Constitución y tratados internacionales) deberá aplicarse la disposición que representa mayor protección o la que implique menor restricción a los derechos. En palabras de la CSJN, “en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción” (Tesis de jurisprudencia 107/2012).

En el presupuesto anterior se encierra la posibilidad de que una norma del derecho interno, opuesta a la Convención, excepcionalmente tenga una oportunidad de aplicarse de manera prevalente, siempre y cuando brinde una protección mayor a los derechos y desarrolle de mejor forma la Convención. En palabras de la Corte Constitucional colombiana:

[...] la única forma para que una norma nacional incompatible con la CADH (tal y como esta ha sido interpretada por la Corte IDH) prevalezca es cuando aquella establece un estándar de protección de los derechos humanos mucho más amplio o garantista. En esos casos, como ya indiqué, opera el principio *pro persona* a favor del estándar constitucional. (cc. SC-146, 2021)

En conclusión, el principio *pro persona* no es solamente un criterio filantrópico, sino un canon hermenéutico prevalente, según el cual la aplicación de una norma o la interpretación que de ella se haga será admisible si optimiza la favorabilidad. Así, la norma o interpretación más ventajosa a la persona puede provenir, incluso, del derecho interno de los Estados.

La interpretación judicial de los derechos humanos y fundamentales en Colombia

Los cambios del derecho en Colombia a partir de la Constitución de 1991 son tanto de orden cuantitativo como cualitativo. El cambio sustantivo se observa en la producción jurídica, mientras el cambio cualitativo tiene que ver con una nueva forma de interpretar los derechos humanos.

Para explicar lo anterior, a continuación, se explicará el canon hermenéutico que nace con la Sentencia T-406 de 1992, el tema de los principios y el activismo judicial y, finalmente, algunos ejemplos del activismo de la Corte Constitucional.

El modelo interpretativo a partir de la Sentencia T-406 de 1992

El cambio constitucional de 1991 no significó un cambio inmediato en la interpretación y aplicación del derecho; los viejos jueces continuaron aplicando los viejos métodos. Frente a esa situación, la Corte Constitucional reaccionó a través de fallos pedagógicos, como la Sentencia T-406 de 1992. Estos fallos tenían como propósito educar al juez en la nueva hermenéutica constitucional que nació del espíritu del Estado constitucional. Para ello la Corte debía, en primer lugar, concientizar a sus jueces sobre dicho cambio, para continuar con la explicación del significado de la Constitución y del Estado social de derecho.

El Alto tribunal reiteró que la Constitución es norma suprema, fuente del ordenamiento jurídico y parámetro de validez de todo el sistema. Asimismo, señaló que su eficacia es directa; es decir que no necesita en todos los casos de desarrollos normativos para

su aplicación. Esa cualidad permite que en ausencia de norma concreta la Constitución sea aplicada directamente; o bien puede suceder que existiendo norma para el caso su aplicación sea inconstitucional, situación que exige aplicar la norma superior (excepción de inconstitucionalidad).

De igual modo, la Corte insistió en la presencia de un Estado social de derecho, cuyo significado no puede reducirse a un sofisma o retórica sin fondo. El concepto social “no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado” (cc. ST-406, 1992), al contrario, su significado se configura al compás de la dignidad y de los derechos humanos. La preocupación por el componente humano y no por las normas es lo que distingue a este Estado del anterior.

En esa dimensión, se produjo no solo un cambio sustantivo sino procedimental, especialmente en la forma de interpretar el derecho. Según la Corte, el concepto básico puede resumirse en la “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (cc. ST-406, 1992). Esto quiere decir que la dignidad humana y los derechos fundamentales ganaron el lugar que por mucho tiempo tuvo la ley, y que la justicia no es un estándar universal, sino que debe responder a circunstancias precisas.

Principios y activismo judicial

La materia que compone la Constitución se presenta en un catálogo axiológico y normativo amplio: valores, principios, derechos humanos, derechos fundamentales, deberes, obligaciones, reglas orgánicas y procedimentales, entre otras. Es evidente que ese conjunto normativo no tiene el mismo rango, estatus y fuerza, por lo que no puede aplicarse del mismo modo.

El contenido abstracto, indeterminado y elástico de la Constitución debe ser interpretado con autoridad por el poder

judicial en cabeza de la Corte Constitucional, pues a ella se le confía la guarda de su integridad y supremacía. Con una redacción semejante la Corte señaló:

Por esta razón y, en especial, si se tiene en cuenta la dificultad de la interpretación constitucional, dada la “textura abierta” de estas normas, la ambigüedad natural del lenguaje y, en especial, de normas diseñadas en forma indeterminada para garantizar la estabilidad jurídica y la vocación de proyección en el tiempo de las normas constitucionales, el artículo 241 de la misma Carta encargó a la Corte Constitucional la tarea de preservar su integridad y supremacía sobre la base de la seguridad jurídica, la justicia material, el respeto por el principio democrático y la igualdad de trato jurídico. (cc. sc-820, 2006)

Esta tarea del juez parte de una concepción amplia del texto constitucional, en el sentido de que no es suficiente con interpretarlo desde la intención del constituyente, o desde su estructura literal o gramatical, como si la Constitución tuviera un significado inflexible, cerrado y estático, sino que debe concebirse como un texto vivo y abierto a los significados. Concebirla de esta forma conlleva al mismo tiempo la adopción de un canon hermenéutico amplio, mediante el cual se dota de contenido y significado a dicha norma.

Por ejemplo, interpretar los principios involucra su identificación, conceptualización, adecuación al caso y prevalencia en caso de colisión. Según la Corte Constitucional de Colombia, los principios “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (cc. st-406, 1992). En estos términos los principios tienen alcance normativo y carácter vinculante, con capacidad para crear y determinar la interpretación y la aplicación del derecho.

Estas prescripciones cumplen básicamente tres funciones en relación con el derecho: 1. Función integradora: los principios se integran al ordenamiento jurídico para llenar los vacíos jurídicos; por tanto, pueden aplicarse directamente en ausencia de norma concreta. 2. Función crítica: los principios representan el “deber ser” del derecho; el derecho ideal al que debe apuntar el derecho positivo. 3. Función interpretativa: según esta función los principios permiten determinar el alcance y significado de las demás normas del sistema jurídico (cc. sc-284, 2015).

Desde la filosofía del derecho, los principios son mandatos de optimización, en palabras de Alexy (2020), los cuales se potencializan en cada caso, según las condiciones y variables presentes en el contexto social y jurídico. Esta actividad se realiza porque estas prescripciones en un plano original tienen igual jerarquía, por lo que es necesario establecer las posibilidades fácticas y jurídicas que le podrían otorgar mayor peso a uno de ellos. La medición del peso de cada uno permite, en el caso concreto, dictaminar su prevalencia. Las técnicas (principios) que se utilizan en este campo son la ponderación y la proporcionalidad.

Esa complejidad de métodos justifica la presencia de un sujeto “poderoso”, que según la metáfora de Dworkin posee las cualidades del héroe mitológico “Hércules”. El juez colombiano, por lo menos en algunos fallos, ha mostrado esa fuerza activa, saliéndose de la órbita del tradicionalismo que imperó hasta la última década del siglo xx. Así, la efectividad de los principios y de los derechos fundamentales quedó en manos principalmente de la Corte Constitucional.

Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la

eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela. (cc. ST-406, 1992)

La interpretación y la decisión judicial en relación con estos derechos se abre a espacios diferentes a los que tradicionalmente apelaba para fundamentarse, pues ahora el juez valora el grado de las afectaciones de los derechos en el caso concreto, por lo que renuncia a metodologías puramente descriptivas. En este sentido, el juez debe involucrar el aspecto moral, pues “el rol decisivo corresponde a la experiencia moral de cada uno, ayudada por la regla de justicia que exige un trato igual a situaciones esencialmente semejantes” (Uprimny, 1998, pp. 98-99).

Según esto, las emociones, la moral, las tendencias políticas y la voluntad del juez deben integrarse en el trabajo interpretativo del juez por la necesidad de buscar la justicia material. Así, los “buenos jueces”, como los llama Uprimny, en el caso concreto establecen prevalencias, más no jerarquías. Los jueces, con este cambio de paradigma interpretativo recurren, justamente, a otra forma de presentar sus decisiones, quitándoles de una parte ese sesgo rígido y de otra frenando una flexibilidad extrema soportada en una fuerte discrecionalidad.

Estos sujetos, ahora con capacidad cognitiva y volitiva, son sujetos con responsabilidad social. La intervención de estas autoridades es indispensable “para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia” en general y la garantía de los derechos fundamentales en particular (cc. ST-406, 1992). Este Tribunal y los demás jueces son así responsables por la uniformidad interpretativa y por la efectividad de los derechos fundamentales. Esta estrategia se adoptó porque en el régimen anterior la autoridad encargada de dicha misión fracasó en ese intento.

En el modelo de Estado social de derecho, dice el Tribunal, el juez tiene un papel fundamental, al convertirse en un portador “de la visión institucional del interés general”. Asimismo, el juez posee la facultad para delimitar “el sentido político de los textos constitucionales”, decidiendo estrictamente en derecho (cc. ST-406, 1992). En el caso concreto, esta autoridad debe valorar íntegramente todos los elementos: hechos, Constitución, leyes y otras normas para lograr la justicia material del caso concreto.

El activismo de la Corte se predica sobre todo frente a los derechos, aunque no tanto frente al modelo económico; sin embargo, no se puede desconocer que aun con esa timidez revolucionó el sistema jurídico. La creación de reglas de derecho; la adopción de métodos interpretativos, argumentativos y decisionales; la determinación de los efectos de sus fallos; la formulación de técnicas de protección de los derechos humanos, como el “Estado de cosas inconstitucional”; la adopción de teorías de la justicia (multiculturalismo, interculturalismo, decolonialidad, interseccionalidad); el desarrollo de enfoques diferenciales (étnico, género, discapacidad, ciclo vital, etc); la adopción y desarrollo de doctrinas jurídicas, como el bloque de constitucionalidad; la implementación de modelos de control constitucional y convencional; entre otras novedades, caracterizan el trabajo del juez constitucional.

Algunos ejemplos del activismo de la Corte Constitucional colombiana

El juez intelectual (con conciencia social) se ha comprometido abiertamente en la defensa y garantía de la Constitución y particularmente de los derechos humanos y fundamentales. Ello, por supuesto, ha generado críticas, algunas de ellas injustificadas (Lozada, 2018). Algunos ejemplos de ese activismo, especialmente de la Corte Constitucional, se pueden observar en las siguientes sentencias emblemáticas, organizadas en periodos desde 1992 hasta 2021:

TABLA 1. Periodo jurisprudencial entre 1992 y 2000

Periodo	Sentencia	Tema
1992-2000	Sentencia T-406 de 1992	Estado Social de Derecho.
	Sentencia C-093 de 1993	Libertad de cultos.
	Sentencia T-140 de 1994	Tutela y derechos colectivos.
	Sentencia C-221 de 1994	Despenalización dosis personal.
	Sentencia C-225 de 1995	Bloque de constitucionalidad
	Sentencia T-036 de 1995	Dignidad humana y adultos mayores.
	Sentencia SU-256 de 1996	Protección de derechos de personas con VIH discriminadas.
	Sentencia SU-039 de 1997	Consulta previa a comunidades indígenas.
	Sentencia C-239 de 1997	Eutanasia en caso de enfermedades terminales.
	Sentencia T-153 de 1998	Protección a la población privada de la libertad.
	Sentencia C-481 de 1998	Prohibición de sanciones disciplinarias a docentes, basadas en orientación sexual.
	Sentencia T-656 de 1998	El embarazo no puede limitar el derecho a la educación.
Sentencia C-371 de 2000	Efectividad en la participación política de las mujeres.	

Fuente: tomado de Corte Constitucional de Colombia (2022).

TABLA 2. Periodo jurisprudencial entre 2001 y 2010

Periodo	Sentencia	Tema
2001-2010	Sentencia T-881 de 2002	Naturaleza jurídica de la dignidad humana.
	Sentencia c-551 de 2003	Naturaleza jurídica de la sustitución de la Constitución.
	Sentencia su-283 de 2003	Protección a la integridad étnica de los pueblos indígenas.
	Sentencia T-025 de 2004	Protección a víctimas de desplazamiento forzado.
	Sentencia c355 de 2006	Despenalización del aborto en tres causales.
	Sentencia c-370 de 2006	Control de constitucionalidad a la Ley de Justicia y Paz.
	Sentencia T-376 de 2006	Libertad religiosa de personas privadas de la libertad.
	Sentencia T-886 de 2006	Acceso y derecho a la educación inclusiva.
	Sentencia c-075 de 2007	Unión marital de hecho de personas del mismo sexo.
	Sentencia T-391 de 2007	Libertad de expresión de medios de comunicación.
	Sentencia T-760 de 2008	La salud como derecho fundamental autónomo.
	Sentencia T-1258 de 2008	Derecho a la igualdad de personas de talla baja.
Sentencia c-141 de 2010	Inconstitucionalidad de la segunda reelección presidencial.	

Fuente: tomado de Corte Constitucional de Colombia (2022).

TABLA 3. Periodo jurisprudencial entre 2011 y 2020

Periodo	Sentencia	Tema
	Sentencia c-579 de 2013	Marco jurídico para la Paz.
	Sentencia c-792 de 2014	Derecho a la impugnación y derecho a la doble instancia.
	Sentencia c-478 de 2015	Igualdad y no discriminación en Colegios y manuales de convivencia.
	Sentencia c-379 de 2016	Plebiscito especial para la Paz.
	Sentencia T-622 de 2016	Río Atrato como sujeto de derechos.
	Sentencia c-699 de 2016	Procedimiento legislativo.
	Sentencia T-302 de 2017	Protección a derechos fundamentales de niños y niñas Wayuu.
	Sentencia c-630 de 2017	Blindaje jurídico del Acuerdo de Paz.
2011-2020	Sentencia c-674 de 2017	Terminación del conflicto armado.
	Sentencia T-236 de 2017	Prohibición de aspersión de glifosato.
	Sentencia T-361 de 2017	Protección de páramos.
	Sentencia c-149 de 2018	Inclusión de personas en situación de discapacidad.
	Sentencia c-080 de 2018	Ley Estatutaria de la jep.
	Sentencia T-398 de 2019	Higiene menstrual de habitantes de la calle.
	Sentencia T-030 de 2020	Derecho a la educación y derecho al acceso a internet en las escuelas rurales.
	Sentencia SU-080 de 2020	Protección de la mujer frente a cualquier tipo de violencia.
	Sentencia SU-146 de 2020	Garantía de doble conformidad e instancia.

Fuente: tomado de Corte Constitucional de Colombia (2022).

TABLA 4. Periodo jurisprudencial 2021

Periodo	Sentencia	Tema
2021	Sentencia c-102 de 2021	La gestión menstrual es un asunto de equidad y justicia.
	Sentencia SU-201 de 2021	Protección a mujeres víctimas de violencia y la perspectiva de género.
	Sentencia T-140 de 2021	Acoso sexual en persona en incapacidad de resistir.
	Sentencia T-275 de 2021	Derechos fundamentales a la intimidad e imagen personal.

Fuente: tomado de Corte Constitucional de Colombia (2022).

Conclusiones

• **EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA** se ha construido de forma ambivalente, en el sentido de que el significado y los efectos no han sido los mismos en el transcurso de su evolución. Ello no es *per se* negativo; más bien es algo positivo, pues permite conocer de forma particular y segmentada tal perspectiva teórica. Así, las tipologías del concepto obedecen a la necesidad de dotar de contenido a dicha epistemología, no como un todo unísono, sino como una realidad que se configura de varios organismos, aparatos y estructuras, en diferentes tiempos y materias. Se habló así del constitucionalismo como filosofía, como teoría, como ideología y como metodología.

Se precisó en su oportunidad que la vaguedad del término y la etiqueta *neo* no puede ser distractores del debate, pues para los efectos que conciernen el neoconstitucionalismo, constitucionalismo(s) o constitucionalismo contemporáneo son conceptos equivalentes. También se dijo que el alcance del concepto cobija una realidad que se construye en América Latina a partir de la década de los 80 con los cambios y transformaciones constitucionales acaecidos. En ese contexto, el neoconstitucionalismo es entendido como la mejor forma de abordar el Estado y la sociedad, e incorpora en sus

constituciones una nueva materia, así como las garantías para la protección de los derechos humanos y fundamentales. En esos propósitos la filosofía política, la teoría, la ideología y la metodología son insumos necesarios para comprender su magnitud.

En efecto, las constituciones se transformaron y dieron paso a la vez al Estado constitucional: un Estado sometido al imperio de la Constitución y a su poder expansivo, en lo que se conoce como *la constitucionalización del derecho y del mundo de la vida social*. Desde la filosofía política se considera que esta es la mejor forma de organizar el gobierno, ya que se procura la división, el control y la colaboración del poder para mantener la integridad de la Constitución. Como teoría, el neconstitucionalismo reforzó la naturaleza normativa y suprema de la Constitución, aunque su contenido no tenga esa única composición, pues también posee un componente moral y político. Además, la incorporación de esa nueva materia permitió conformar un bloque normativo bastante amplio, el cual abrió el debate sobre los derechos, produjo mayor reconocimiento y estableció mecanismos complementarios para su protección.

En su dimensión ideológica, el constitucionalismo latinoamericano se inclina hacia el cumplimiento de la Constitución por su valor moral; es decir que se cumple no por el temor a las consecuencias, sino porque es lo correcto y lo justo. Desde esta perspectiva, se afirmó que la moral y el derecho tienen una relación no contingente, sino necesaria, en ocasiones relativa (dimensión metodológica). Igualmente, se reiteró que el cumplimiento de la Constitución se traduce en la posibilidad de alcanzar sus finalidades: la limitación, organización del poder y la garantía de los derechos humanos y fundamentales.

El trabajo también se orientó a identificar y analizar algunos rasgos definitorios del constitucionalismo latinoamericano. En esa pretensión se hizo una caracterización de los siguientes ejes temáticos: la remisión al derecho internacional, el bloque de constitucionalidad y la justicia constitucional. El primer eje se refirió a un contenido especial de las constituciones, el cual se representa en las cláusulas remisorias, disposiciones que abren los límites

para que la Constitución incorpore estándares internacionales de derechos humanos, que son prevalentes y sirven como parámetro de interpretación de otras normas. La remisión que la Constitución hace al derecho internacional produce una ampliación del catálogo normativo y refuerza las garantías para su protección. Ello no significa eficacia plena de los derechos.

Dichos estándares, en compañía de otras normas, conforman el bloque de constitucionalidad. Es un bloque sustantivo y procedimental; sustantivo porque conforma un catálogo normativo amplio; procedimental porque sirve como parámetro de constitucionalidad en el marco del control de constitucionalidad. Este conjunto normativo, las reglas de procedimiento y las instituciones conforman la justicia constitucional, escenario en el que se tramitan las controversias constitucionales y sobre derechos humanos y fundamentales. Esta justicia se impulsa democráticamente por la ciudadanía, en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Este es un rasgo esencial en el constitucionalismo latinoamericano, con algunas excepciones.

En esa misma tendencia, según se afirmó en su momento, el constitucionalismo regional estableció una justicia convencional con la finalidad de proteger la CADH y las normas que le son conexas. Así, se configuró un modelo de control de convencionalidad concentrado y complementario en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos humanos y un control principal y difuso bajo la responsabilidad de todas las autoridades de los Estados Parte. A este tipo de control se lo conoce como *control difuso de convencionalidad*. La jurisprudencia interamericana ha sido un elemento fundamental para su creación, divulgación y relativa efectividad.

También se señaló que, de la mano de la justicia constitucional y convencional, se adoptó un canon hermenéutico con el cual se intenta enfrentar los retos y desafíos que impone el nuevo orden jurídico y social. Este canon legitimó los antiguos métodos de interpretación, a la vez que estableció unos métodos alternativos, como la interpretación conforme y el principio *pro persona*. Asimismo, se incorporó un canon de argumentación principialista, el cual se operativiza por medio del método de la ponderación y se

desarrolla especialmente a través del principio de proporcionalidad. Los derechos humanos tienen en estos métodos y principios una alternativa idónea para su protección.

Finalmente, se hizo referencia al modelo de interpretación en Colombia, instaurado con la Constitución de 1991 y desarrollado a partir de la Sentencia T-406 de 1992. Se concluyó que este modelo representa un desafío para las autoridades, sobre todo para las judiciales, ya que ellas son las responsables de la eficacia de los derechos fundamentales. Ello implica una discrecionalidad y activismo amplio, por ello criticado; pero, sin duda, el poder judicial, liderado por la Corte Constitucional, en distintos campos muestra su interés por los derechos humanos y por la defensa de la democracia.

Referencias

- Aguilar, G., et al. (2021). *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Astudillo, C. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Atienza, M. (2019). *Interpretación constitucional*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales.
- Atria, F. (2004). La ironía del positivismo jurídico. *Revista DOXA*, 27, p. 118.
- Barberis, M. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperio de la moral. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159-278). Trotta.
- Barroso, L. (2015). *El neoconstitucionalismo y las transformaciones de la interpretación en el derecho contemporáneo*. Universidad Libre.

- Benavides, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. *Revista Derecho del Estado*, 47, 145-175. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.05>
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Revista doxa*, 26. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate.
- Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. *Revista de Derecho*, 12. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>
- Campos, A. (2014). *La doctrina del Bloque de la Constitucionalidad y su influencia en la interpretación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídica.
- Carbonell, M. (2003). Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 9-10). Trotta.
- Casal Hernández, J. (2010). El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. *Rechtsgeschichte-Legal History*, (16), 212-241. <https://doi.org/10.12946/rg16/212-241>
- Castañeda, M. (2015). *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Comanducci, P. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008).
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009).
- Constitución Política de la República de Guatemala. (1985).

- Constitución Política de la República de Panamá. (2008).
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia t- 406 de 1992*. MP. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia c- 093 de 1993*. Ms. Ps. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia c-225 de 1995*. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia t-267 de 2010*. MP. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia c-284 de 2015*. MP. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016a). *Sentencia c-054 de 2016*. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016b). *Sentencia t-284 de 2016*. MP. Clara Ines Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia su-146 de 2020*. MP. Dra. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia c-146 de 2021*. MP. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia su-214 de 2016*. MP. Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012b). *Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de julio de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Caso Federación Nacional de Trabajadores marítimos y portuarios Vs Perú*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022.

- Díaz, R. (2021). Constitución y derechos humanos: Técnicas de articulación entre derecho internacional y derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 20(número especial), 84-109. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002022000300084>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2015). Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin. En *Los derechos en serio*. Ariel.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Fontanara.
- García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- García Figueroa, A. (2003). La teoría del derecho en tiempos de Constitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159-186). Trotta.
- García-Jaramillo, L. (s. f.). Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo. Sobre la aparición del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. *Vniversitas*, 120, 317-332. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-120.btpn>
- García Laguardia, J. (2007). Derechos humanos y proceso constitucional en América Latina. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 9(17), 95-107. <https://www.redalyc.org/pdf/282/28291709.pdf>
- García, L. (2008). Un nuevo derecho en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de derecho*, (29), 289-330. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000100012&script=sci_arttext&tlng=en
- García Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial.
- García Villegas, M. y Espinosa R. J. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Góngora, M. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.

- Gutiérrez, F. y Londoño, S. (2022). El bloque de constitucionalidad en la Constitución Política de Colombia. Análisis de su desarrollo histórico, fundamentos y restricciones. *Revista Ratio Juris*, 17(34). <https://doi.org/10.24142/raju.v17n34a11>
- Haberle, P. (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 6(11), 29-61. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3743350.pdf>
- Hart, H. (2009). *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot.
- Hurtado, W. y García, J. (2019). La función creadora de derecho de los jueces neoconstitucionalistas en la justicia transicional colombiana. En E. Velandia (Ed.), *Derecho procesal Constitucional. Litigio ante la Jurisdicción Constitucional* (pp. 77-93). Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. <https://doi.org/10.2307/jj.2321999>
- López, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Universidad de los Andes.
- Lozada, A. (2018). Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque pospositivista. *doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 211-226. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>.
- Medellín, X. (2019). Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 17(1), 397-440. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397>
- Monroy Cabra, M. (2005). *Concepto de Constitución*. UNAM.
- Montalván, D. (2019) El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia. *Revista Ratio Juris*, 14(29), 147-186. <https://doi.org/10.24142/raju.v14n29a7>
- Núñez Leiva, I. (2012). Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *Estudios Constitucionales*, 10(2), 511-532. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000200013>

- Olano, H. (2006). *Interpretación y neoconstitucionalismo*. Porrúa S. A.
- Pérez, B. (2019). *El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. (Tesis para optar al título de Magíster en Derecho). Universidad Andina Simón Bolívar.
- Pozzolo, S. (2003). Un constitucionalismo ambiguo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 187-210). Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Afduum.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123-158). Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Quinche, M. (2016). La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista Jurídicas*, 13(1), 43-63. <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.1.4>
- Recasens Siches, L. (1986). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Porrúa.
- Robles, E., Robles, L. y Julca, F. (2021). Control constitucional y convencional en la creación e interpretación del tipo penal en la jurisprudencia peruana. *Saber Discursivo*, 2(1), 65-88.
- Roldán, O. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Rodríguez, C. (1997). *El debate Hart - Dworkin*. Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, G., Puppo, A., Gama, R. y Cerdio, J. (2013). *Interpretación conforme*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Rodríguez, R. y Tinoco, T. (2019). Límites de convencionalidad difuso. *Revista Nuevo Derecho*, 15(24), 17-36. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1104>

- Sandoval Cumbe, H. (2020). Neoconstitucionalismo y activismo judicial: De la inocua teoría a las preocupantes realidades. *Revista Jurídica Piélagus*, 19(1), 139-165. <https://doi.org/10.25054/16576799.2810>
- Santano, A. (2019). Derechos humanos para el desarrollo de una sociedad realmente globalizada. *Opinión Jurídica*, 19(38), 39-57. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a2>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2012). Primera Sala, *Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10ª)*.
- Uprimny, R. (1998). La unidiversalidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento jurídico*, 9, 299.
- Uprimny, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi* (pp. 109-137). Siglo XXI Editores.
- Vargas, A. (2018). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia. *lex. Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas*, 1(1), 29-46. <https://doi.org/10.33996/revistalex.viii.8>
- Vargas, A. (2019). El bloque de constitucionalidad y la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. En Eduardo Velandia (Ed.), *Derecho procesal Constitucional. Litigio ante la Jurisdicción Constitucional* (pp. 161-183). Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.
- Villabella Armengol, C. (2017). El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50(149), 943-978. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.149.11362>
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta.

Zeballosf-Cuathin, A. y Cáceres, E. (2019) La constitucionalización del ordenamiento jurídico y del mundo de la vida social: el caso italiano y colombiano. *Inciso*, 21(2), 161 -179. <https://doi.org/10.18634/incj.21v.2i.989>

Zeballosf-Cuathin, A. (2021). *Derechos indígenas, neoconstitucionalismo(s) y justicias en Colombia*. (Tesis para optar al título de Doctor en Derecho). Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/79675>

Sobre el autor

ADRIAN ZEBALLOSF-CUATHIN. Abogado y psicólogo, magíster y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Docente de dicha universidad, de la Escuela Superior de Administración Pública (Territorial Cundinamarca) y de la Universidad La Gran Colombia. Se desempeña como investigador, asesor, consultor y conferencista en derecho público.

Correos electrónicos: zeballosfadrian@gmail.com,
adrian.zeballosf@esap.edu.co, aazeballoffc@unal.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7517-8047>

Índice temático

A

América Latina 12, 15, 23, 25, 37, 38,
51, 58, 91

B

Bloque de constitucionalidad 15, 34,
38, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 71,
85, 86, 92, 93

C

Constitución 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25,
26, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39,
40, 41, 42, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,
58, 59, 60, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77,
79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 92, 93, 94
Constitucionalismo latinoamericano
14, 15, 19, 21, 47, 60, 92, 92, 93
Control de constitucionalidad 59,
60, 62, 77, 87, 93
Control de convencionalidad 62, 63,
64, 65, 68, 69, 93

D

Derechos humanos 14, 15, 20, 21, 34,
35, 38, 40, 41, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53,

54, 55, 56, 57, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67,
68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79,
80, 81, 82, 84, 85, 86, 88, 92, 93, 94

E

Estado constitucional 20, 21, 25, 31,
36, 49, 71, 76, 80, 92

I

Interpretación conforme 61, 73, 74,
75, 76, 77, 93
Interpretación de los derechos
humanos 65

N

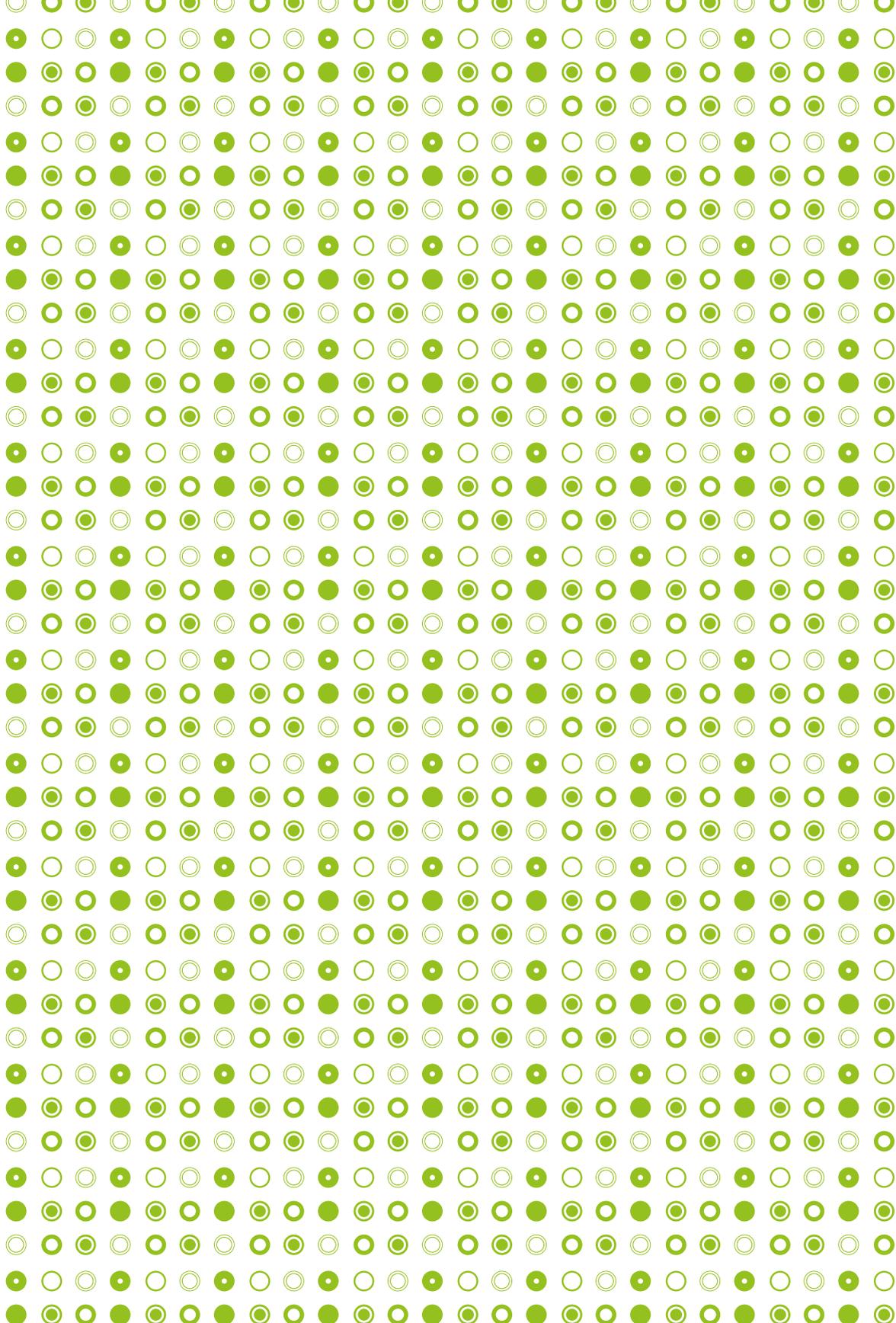
Neoconstitucionalismo 15, 17, 18, 19,
20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
33, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 57, 91

P

pro persona 61, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 93



TIPOLOGÍAS Y RASGOS DEL
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
EN PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS
hace parte de la Colección Superior. Para su
composición se usaron caracteres de la familia
Skolar. Su cuidado estuvo a cargo de Editorial
ESAP, sello editorial de la Escuela Superior de
Administración Pública, y se imprimió en la
Imprenta Nacional de Colombia.



Otros títulos de la ESAP

Derecho administrativo | Jesús María Molina Giraldo y Marcela Castañeda González (eds.) |
COLECCIÓN DIDÁCTICA

Derechos humanos y administración pública en Colombia | Jhon Edier Jaramillo Ferro (ed.) |
COLECCIÓN SUPERIOR

Historia de la administración pública colombiana | Jesús María Molina Giraldo y Marcela Castañeda González (eds.) | **COLECCIÓN DIDÁCTICA**

Escritos breves de Guillermo Nannetti Concha. Levadura de las grandes transformaciones | Édgar Parada Malaver y Camilo Giraldo Cañas (eds.) |
LA ESAP LE PROPONE AL PAÍS

•
**EL PROPÓSITO
DE ESTE TRABAJO**

es proponer una tipología y explicar los rasgos definitorios del neoconstitucionalismo en perspectiva de los derechos humanos, a partir de las transformaciones constitucionales en América Latina. Este enfoque es comprendido como la mejor forma de abordar el Estado y la sociedad, porque incorpora en sus constituciones una nueva materia, así como las garantías para su protección.

En este libro, el lector encontrará una variada gama de contenidos que están relacionados con un tema de interés común: los derechos humanos y fundamentales. Así, conceptos como los de neoconstitucionalismo, justicia constitucional, Estado constitucional de derecho, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y convencionalidad, interpretación jurídica, interpretación conforme constitucional, principio *pro persona* y activismo judicial en Colombia forman parte del sustento material que alimenta esta obra.

