

Los derechos fundamentales y el respeto por la diferencia: fundamentos del Estado Constitucional de Derecho

Fundamental rights and respect for the difference: fundamentals Constitutional rule of law

Montalvo, C. M. (2012). Conflicto armado en Colombia: un estudio desde el paradigma neoconstitucional. *Pensamiento Americano*, 51-75

Juan Carlos De Los Rios Castiblanco*
jdelosrios@coruniamericana.edu.co

Resumen

En las siguientes líneas, se reconstruyen elementos históricos relevantes que incidieron en la consolidación del neoconstitucionalismo y se analizan algunos fundamentos e instituciones notables que inciden en los derechos de primera generación, con todas sus variaciones y cambios de tonalidad, así también el reconocimiento y garantismo de estos derechos fundamentales y principios ordenadores de justicia, como elementos estructurantes de un orden adaptado a la realidad. El neoconstitucionalismo es, en definitiva, la apelación a la participación democrática dentro de las fronteras de los derechos fundamentales e inalienables del ser humano, cuya realidad es impulsada por una jurisdicción constitucional que se basa en diversos instrumentos jurídicos como el control de constitucionalidad, lo que en últimas se traduce en la búsqueda del respeto por la diferencia y la realización de los derechos esenciales de las minorías.

Palabras claves

Derechos fundamentales, respeto por la diferencia, fundamentos del Estado constitucional de derecho.

Abstract

In the following lines, rebuilds relevant historical elements that influenced neoconstitutionalism consolidation and discusses some notable foundations and institutions that affect the rights of the first generation, with all its variations and changes of hue, so the recognition and state protection of these fundamental rights and ordering principles of justice, as an order structuring elements adapted to reality. Neoconstitutionalism is ultimately appeal to democratic participation within the boundaries of the fundamental and inalienable rights of the human being, whose reality is driven by a constitutional court which is based on legal instruments such as the control of constitutionality, which ultimately results in the search for respect for difference and the realization of the basic rights of minorities.

Key words

Fundamental rights, respect for difference, fundamentals of the state constitutional right

Introducción

La constitucionalización de la vida en comunidad, la ampliación de libertades y derechos subjetivos para todas las personas, la rigidez de los textos constitucionales y la búsqueda del reconocimiento en la alteridad del otro, son algunas situaciones que reflejan la tendencia de profundizar el principio democrático dentro de reglas claras y competencias definidas.

En efecto, el presente trabajo parte de la hi-

pótesis de que ha nacido un paradigma constitucional que defiende un conjunto de garantías idóneas, previniendo el establecimiento de ordenamientos autoritarios y limitando la actuación de los poderes públicos, por medio de una serie de instrumentos y procedimientos que buscan proteger los derechos esenciales de todas las comunidades. Lo anterior es producto de un progresivo ensanchamiento de la esfera de los derechos fundamentales, que se han afirmado como la alternativa a la ley del más fuerte¹.

1. FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Trotta, 2008, p. 36

* Abogado de la Universidad del Atlántico, Maestrante en Derecho Universidad del Norte, Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Americana, sede Barranquilla.
Artículo recibido: Diciembre 16/2011. Aceptado: Enero 28/2012.

Para comprender esta renovada estructura constitucional, es necesario conocer la estructura genealógica y el proceso histórico que ha permitido su establecimiento como paradigma ideal. Permítaseme, entonces, reflexionar en las siguientes líneas sobre los supuestos determinadores de este esquema constitucional y profundizar algunas perspectivas que se refieren a sus elementos estructurantes, especialmente en lo que tiene ver con la garantía de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad, como ápices centrales del nuevo paradigma.

Reconstrucción genealógica del neoconstitucionalismo

El estudio dialéctico de la teoría democrática de la Constitución, desde que tuvo lugar su eclosión histórica hasta las vigentes estructuras de poder, ha argumentado la perspectiva de un constitucionalismo en permanente construcción. Según los profesores Roberto Viciano y Rubén Martínez², son diversos los puntos de vista sobre los cambios conceptuales producidos en el constitucionalismo a lo largo de la historia; no obstante, se pueden sintetizar cuatro grandes modelos que responden a una determinada concepción, a saber:

- la progresiva construcción del constitucionalismo liberal durante las revoluciones del siglo XVIII, fundado principalmente en la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la declaración francesa de 1789, que velaban por una estricta separación de poderes en el aparato estatal y un contenido básico de derechos y libertades para todos los ciudadanos;

- la reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo moderno, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, desarrollada durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX, en los cuales se desplegó una ofensiva antidemocrática contra las conquistas universales y declaraciones iluministas³;

- la temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX; y

lismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX; y

- la aparición del constitucionalismo social, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y dominadas; al mismo tiempo que se proponía la extensión de derechos vitales para amplios sectores de la población.

Es así como el tipo de organización política que surgió en gran parte de los Estados occidentales tras la segunda Guerra Mundial, ha sido aquello que ha venido a denominarse <<democracia constitucional>>, es decir, el establecimiento de constituciones rígidas⁴ con determinados principios de justicia, valores y derechos fundamentales, que limitan sustancialmente toda pretensión absoluta de cualquier poder mayoritario.

Pedro Salazar⁵, nos relata que este nuevo arquetipo constitucional se iría expandiendo, en primer lugar, en los países que habían provocado el conflicto militar –Alemania, Italia y Japón–, paralelamente en otras naciones europeas como Francia y los Estados del norte europeo y, tiempo después, al concluir sus respectivas dictaduras, iniciaría vuelo en España y Portugal. Posteriormente, con la caída del Muro de Berlín, este modelo de organización fue adoptado poco a poco por los países de Europa del Este y simultáneamente comenzaría a difundirse en América Latina y en algunas otras naciones de Asia y Oceanía. Al decir del autor: “de esta manera se verificó lo que Luigi Ferrajoli denominó, de manera emblemática, la ola de constitucionalismo democrático del siglo XX”⁶.

Precisamente para Ferrajoli se debe distinguir entre “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de

2. VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: El nuevo constitucionalismo en América Latina. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2010, p.14-15.

3. Piénsese, entre otros hitos, en las reacciones antidemocráticas del golpe de Estado Termidoriano en la Revolución Francesa, o en la restauración monárquica europea. Al respecto, sugiero leer: PISARELLO, Gerardo. Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.

4. La modificación de las constituciones requerirían, a partir de de este modelo, de un procedimiento mucho más complejo y distinto del de una ley ordinaria. Indudablemente que todo esto representa una ruptura frente a la clásica concepción de flexibilidad de las anteriores cartas políticas.

5. SALAZAR, Pedro. La educación y la legalidad. Mazatlán: Cal y arena, 2008, p.152.

Ibid., p.152.

Derecho producto, a su vez de la difusión en Europa, de las constituciones rígidas y de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias⁷⁷.

Como consecuencia de todo lo anterior, la relación entre la política y el Derecho sería modificada radicalmente, ya que el principio democrático debía someterse a los aspectos claves del esquema constitucional para convertirse en instrumento de actuación del mismo. Dicho de otro modo: la Constitución pasaría a ser considerada una norma fundante de una dimensión tanto axiológica como instrumental, que consagra garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad. Lógicamente que esto conlleva a la subordinación de la actividad estatal, así como la de los ciudadanos y los poderes públicos que deben velar por el acatamiento de las disposiciones implantadas en los principios constitucionales.

Algunos de los elementos mencionados en esta reconstrucción genealógica, al ser incorporados al núcleo central de este sistema de normas metalegales, irían desarrollando ampliamente el objetivo de convertir al Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho, especialmente con la hegemonización de las normas fundamentales y los principios de justicia, que empezarían a servir como parámetros de interpretación y aplicación en el sistema jurídico. Todo esto es característico de una nueva dinámica constitucional que lleva por nombre: <<neoconstitucionalismo>>.

Evidentemente, los componentes descritos, en palabras de Santiago Sastre, han sido la principal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico: “Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico”⁷⁸.

Naturalmente, la principal consecuencia del

giro paradigmático que significaría el neoconstitucionalismo, ha sido la reformulación de las tradicionales fuentes del Derecho reemplazadas por el carácter vinculante del texto constitucional frente al resto de normas subordinadas; así también la incursión de instrumentos jurídicos que posibilitan la aplicación directa de las constituciones contemporáneas. En tal sentido, la validez de cada norma inferior depende de la circunstancia de haber sido producida de acuerdo con la respectiva norma superior del mismo ordenamiento que regula su creación; es decir, se le impone un deber elemental al ordenamiento jurídico de estar impregnado por las normas constitucionales. En pocas palabras, la finalidad última de esta forma de Estado Constitucional es controlar el poder político para ofrecer garantías a las libertades de cualquier individuo. Esto significa que sólo de la observancia y aplicación del sistema de derechos, se puede desprender alguna legitimación. Según Ferrajoli, lo anterior implica un cambio radical cuyo alcance, aún hoy, no hemos medido suficientemente, un cambio revolucionario del paradigma del Derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia; es un “reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales”⁷⁹. Estamos, pues, en presencia de una renovada forma de entender las relaciones entre los poderes públicos, y la sociedad en general. Ahora bien, surge el siguiente interrogante de suma importancia: ¿Por qué la política, y en general las sociedades deben restringir sus ambiciones hasta donde lo señala la Constitución y sus normas fundamentales? Porque no es impensable, según Hannah Arendt, que “llegase un día el que una humanidad muy organizada y mecanizada decidiese democráticamente —por mayoría— que sería mejor para la humanidad en su conjunto liquidar a una parte de ella”¹⁰.

7. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003, p.13-29.

8. SASTRE, Santiago. Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo. Madrid: McGraw Hill, 1999, p.145.

9. FERRAJOLI. Democracia y garantismo. Op. cit. p. 29.

10. ARENDT, Hanna. The Origins of Totalitarianism, San Diego: Harvest Books, 1979, p. 299. En: COSTAS, Douzinas. El fin(al) de los derechos humanos. Madrid: Revista Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7, 2006, p. 309-340.

Para finalizar este punto, es menester destacar la importante labor del neoconstitucionalismo en los actuales tiempos, ya que este modelo garantiza, mediante el cumplimiento de derechos inalienables e independientes de los gobiernos, las libertades fundamentales de todo ser humano y la restricción ineludible de todo accionar despótico proveniente de alguna autoridad pública o mayoritaria. Siguiendo a Riccardo Guastini¹¹, insigne representante de este modelo constitucional, se pueden determinar siete aspectos claves de constitucionalización efectiva, lista que presenta como una propuesta de inicio para el debate doctrinal, y que comprende: la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución por parte de las leyes comunes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Los derechos fundamentales y el respeto por la diferencia en el Estado constitucional de Derecho

En las actuales democracias constitucionales, el respaldo popular ya no es suficiente para legitimar cualquier decisión, los poderes de gobierno están jurídicamente limitados, no sólo en relación con las formas, sino en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, en el que los derechos fundamentales son considerados como una nueva moral universal que ya no flota sobre el Derecho sino que emigra al interior del sistema jurídico.

Es así como en su texto “Derechos humanos como límite a la democracia”, Rodolfo Arango¹² reconstruye el debate en torno a la objetividad de los derechos fundamentales y afirma que pese a las críticas positivista, realista y comunitarista, además de los retos de un mundo pluralista, aún hoy es posible defender válidamente (a pesar de rechazar su fundamentación ontológico-trascendental) la objetividad de los mismos. Lo anterior

es realizado a partir de una concepción pragmática del Derecho, bien sea acudiendo a la solidaridad o bien a los valores epistémicos compartidos por los operadores del sistema e identificables con cierta aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales. Los derechos subjetivos (fundamentales) tienen un alto grado de importancia, ya que “son posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para los cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular”¹³.

Otro teórico Constitucional que ha estudiado ampliamente el tema de la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, ha sido Ferrajoli, quien confirma la inserción en el sistema democrático de una dimensión <<sustancial>> que se agrega a la tradicional dimensión <<política>>, meramente <<formal>> o <<procedimental>>¹⁴. Es así como se establecen unas normas sustanciales que imponen obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, y que paralelamente garantizan la dimensión material de la democracia. Dichas normas se refieren principalmente a aquellas situaciones que no pueden ser decididas o deben ser decididas por toda la mayoría, condicionando la legislación, bajo pena de invalidez, al cumplimiento de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos en la Constitución. Es un giro radical –nos dice este autor– acerca de las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto ya no sólo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la Constitución¹⁵.

Efectivamente, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, originan lo que el teórico italiano denomina la esfera de lo indecidible: “la esfera de lo no decidible que, integrada por los derechos de libertad, prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo no decidible que, formadas por los

11. GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid : Trotta, 2003, p.50-57.

12. ARANGO, Rodolfo. Los derechos humanos como límite a la democracia. Bogotá: Norma, 2008, p.23-41.

13. Ibid., p.36.

14. FERRAJOLI, Democracia y garantismo, Op. Cit., p.32.

15. Ibid., p.31

derechos sociales, imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos”¹⁶. En consecuencia los derechos fundamentales influyen sobre “la convención democrática acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser decididas”¹⁷.

Llegados hasta aquí, conviene resaltar que el neoconstitucionalismo no debe verse como una forma irreconciliable de restringir la participación política, sino justamente porque defiende el valor del autogobierno es que reconoce la primacía de la Constitución, ya que al permitir la limitación de algunas acciones, potencia las posibilidades de libertad de las comunidades y, además, es garantista porque reconoce la primacía de los derechos de los grupos minoritarios frente a las arbitrariedades de cualquier grupo dominante.

Pese a su desacuerdo con el argumento en cuestión, Roberto Gargarella¹⁸ nos ofrece una presentación elegante y sugerente a través de la metáfora de “Ulises y las sirenas” para comprender todos estos argumentos mencionados con anterioridad y defendidos por el neoconstitucionalismo:

En el relato tradicional¹⁹, Ulises, como capitán del navío, le exige a sus marineros que lo aten a un mástil de la embarcación, debido a que temía perder el control de la misma una vez enfrentado al canto de las sirenas. Ulises dio aquella orden, porque sabía que iba a perder control sobre sus impulsos más inmediatos, ya que se vería tentado a desviar su embarcación, e incapacitado así de llegar al destino que se había fijado inicialmente. Ulises tomó su decisión de modo consciente, convencido de que atado al mástil, inmovilizado, podría conseguir el objetivo que se había propuesto en un principio. Frente a lo relatado, cualquier descripción de tal situación que pretendiera presentar dicho acto como una pérdida de

libertad por parte de Ulises, resultaría insensata. Ulises ganó libertad en lugar de perderla cuando se ató al mástil, y fue así en definitiva como consiguió llegar al destino prefijado. Según nos dice este autor, la moraleja parece clara: contra lo que nos sugiere consistentemente el sentido común de que atarse las manos es sinónimo de perder libertad, lo que el relato demuestra es todo lo contrario: en ocasiones, ganamos libertad cuando nos limitamos. O, para decirlo de otro forma, “hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan”²⁰.

El traslado de esta metáfora al campo constitucional –continúa afirmando Gargarella– parece obvio: del mismo modo en que Ulises pudo ganar libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir sus posibilidades de progreso auto-imponiéndose determinados límites. Este sería el rol de la Constitución contemporánea –el poner límites “capacitadores” sobre las facultades de autogobierno de la sociedad. Reconociendo los riesgos de caer en tentaciones inadmisibles, (oprimir a grupos minoritarios, censurar a la oposición), una comunidad actuaría tan racionalmente como lo hiciera Ulises si decidiera fijar, de una vez, ciertos límites irrenunciables, capaces de potenciar la propia libertad futura²¹.

La propuesta nos resulta atractiva después de las fatídicas experiencias bélicas internacionales, porque nos ayuda a dejar de lado la visión habitual conforme a la cual toda limitación, aun auto-impuesta, debe ser vista como una afrenta a la democracia. Se nos dice aquí, con razón, que cierto tipo de limitaciones pueden ser compatibles, con, y aún necesarios para, asegurar el autogobierno de los pueblos. En ese sentido, el esquema esencial del neoconstitucionalismo tiene presente el respeto por las minorías, lo que ineludiblemente conlleva a que el órgano legislativo no puede decidir cualquier cosa a su antojo, así como tampoco de prescindir de los derechos inherentes del ser humano; sino que debe ajustar, sus decisiones al texto superior, que a su vez esta conformado por elementos racionales, como los

16. FERRAJOLI, Luigi. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011, p. 29.

17. FERRAJOLI. Democracia y garantismo. Op. cit., p.31.

18. Véase el capítulo completo de GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo vs. Democracia. En: GARGARELLA, Roberto. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Tomo I). Buenos aires: Abeledo Perrot, 2008.

19. Véase ELSTER, Jon. Ulises y Las Sirenas: Estudios Sobre Racionalidad E Irracionalidad. Fondo de Cultura Económica, 1997.

20. GARGARELLA, Op. cit.

21. Ibid.

principios de justicia, que garantizan las condiciones mínimas de existencia de todos, mediante instrumentos jurídicos como la revisión y el control de constitucionalidad que lleva a cabo un tribunal especializado con amplias facultades para ello. Emerge entonces otro propósito específico: el que los jueces constitucionales por medio de su creatividad logren limitar las intenciones totalitarias de los Estados.

Grados y relevancia del control de constitucionalidad

La relación entre los jueces y la democracia es un asunto de vieja data. Ya desde la antigua Grecia se produciría una importante correlación entre estos elementos, lo que generó una mayor confianza en la vida pública de la polis, al tiempo que aumentaban algunas garantías procesales para los ciudadanos atenienses. La sola institución de la *graphé paranomón* confirma la anterior perspectiva²². Es por ello que el papel crucial de los órganos judiciales y tribunales populares en la antigüedad, aseguraría por un buen tiempo el equilibrio en las relaciones de poder y la fortaleza del régimen democrático, en auge para ese entonces.

Aún hoy, seguimos reflexionando sobre las posibilidades de relación entre los jueces, la participación ciudadana y la aplicación de los derechos fundamentales. Con la entrada en vigencia del neoconstitucionalismo y al haberse situado a las normas constitucionales en el vértice de las jerarquías de las fuentes del Derecho, se les haría vinculantes en relación con la legislación, y las expectativas universales en que consisten los derechos establecidos en ella, ocasionarían, en primer lugar, las condiciones ya no sólo formales sino sustanciales en lo referente a la validez de las leyes, y en segundo término, la modificación de la dimensión política o formal por una dimensión mucho más garantista sustancial, que permite la transformación de la estructuras del Estado y sus decisiones normativas²³.

Bajo estas influyentes constituciones y con la positivización de un extenso catálogo de derechos, principios y reglas, se reconfiguraría la aplicación referente a las normas constitucionales, distinguiéndola de las normas inferiores, que no pueden ser igualables con la interpretación que se realiza con las normas superiores²⁴, porque de lo que se trata es de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo.

Efectivamente, en el marco de las Constituciones rígidas, empezó a distinguirse el rango entre las normas constitucionales y las normas ordinarias, lo que consagraría la supremacía del texto constitucional, que significa que ante cualquier conflicto normativo entre sus disposiciones y los preceptos jurídicos de rango inferior, debe prevalecer el criterio constitucional. Tal como hemos señalado, se perfiló una nueva manera de concebir la relación entre Constitución y ley.

Ahora bien, ciertamente las Constituciones actuales se caracterizan principalmente por estar conformadas por textos abiertos (especialmente en la carta de derechos) donde la sola letra de la ley no parece resolver los casos concretos. Se requieren, en consecuencia, otros modos de interpretación que tengan cuenta estas circunstancias dentro de las normas jurídicas. Específicamente se buscó la implementación de una nueva hermenéutica que analice lo concerniente a las reglas de Derecho, por un lado, y los principios de justicia, por el otro, para que puedan ser ponderados por personas capacitadas para desempeñar tal función.

Es así como se abriría paso la jurisdicción constitucional como instrumento de defensa de la Constitución, entendiéndola como realidad normativa y no como una simple configuración nominal y semántica. Los jueces se ven ahora en la necesidad de aplicar el texto constitucional a demandas presentadas por la ciudadanía ante sus despachos. La naturaleza de la jurisdicción y la

22. Véase: GUZMÁN GUERRA, Antonio. *Constituciones políticas griegas*. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

23. FERRAJOLI, 2011, Op. cit., p.32.

24. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

relación entre el juez y la ley ha cambiado en el sentido de que ya no consiste, como en el viejo paradigma iuspositivista, en sujeción a la letra de la ley sin importar cuál fuera su significado, sino antes que nada en sujeción a la Constitución y sus presupuestos esenciales, lo que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad.

De tal manera que se ejerce una exclusión en los ordenamientos jurídicos vigentes, de toda ley que viole los elementos fundamentales de las cartas políticas. Todo ello se ve reflejado en el ejercicio del control de constitucionalidad sobre las leyes mismas. Tal es la dimensión de esta circunstancia, que en más de una ocasión se le ha calificado a este protagonismo de los jueces y tribunales constitucionales como <<activismo judicial>>.

Este fenómeno constitucional se ha venido desarrollado a tal punto que se han generado no solamente revisiones formales de la Constitución Política, sino también acuciosos exámenes materiales en todo tipo de manifestación normativa. Esto representa un avance, para que dichos tribunales, puedan excluir cualquier ley o norma, incluso de origen popular, que sea contradictoria con la Constitución. De ahí que se afirme que el control de constitucionalidad es, en las democracias constitucionales, la competencia que tiene un órgano del Estado de poder revisar, anular y corregir, a través de un pronunciamiento definitivo, disposiciones del legislativo y el ejecutivo, que en su forma o contenido no se ajusta a la integridad y primacía de la Constitución²⁵.

Esta renovado fulgor por una mayor intervención de los jueces en la sociedad, es explicada por el profesor Mauro Cappelletti como el anhelo de la humanidad de no repetir el gran desastre ocurrido en las dos confrontaciones internacionales, períodos en que se desconoció el mínimo moral de derechos al hombre, que aún en los peores momentos de los antagonismos, deben ser respe-

tados y garantizados con instrumentos como el control de constitucionalidad, que sirvan como mecanismos de garantía y límite a los Estados contemporáneos en el trazado de sus políticas, específicamente al desconocimiento de los derechos humanos y universales²⁶.

Como consecuencia del interés por salvaguardar los contenidos básicos de los textos constitucionales, es que se han venido articulando varios grados de control de constitucionalidad, que el profesor Abdón Sierra²⁷ desarrolla sucintamente de la siguiente manera:

- Un control débil o simple, basado principalmente en el conjunto de normas que permiten regular las relaciones Estado-individuo, no importando el contenido de dicha normatividad. Aquí se protege la autonomía del legislador, ya que para este grupo lo defendible es la política legislativa, y el predominio de ésta frente a cualquier control de constitucionalidad, lo que niega competencias vitales al Tribunal Constitucional o Corte Constitucional y desconoce su función para reconocer y proteger derechos básicos de manera directa. Hacen parte de este grupo de Constitucionalismo débil, teóricos como Hans Kelsen, Jurgen Habermas, entre otros²⁸.

- Una posición de centro o ecléctica, en la que se ubican aquellos autores que sin negar la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, entendidos estos como derechos positivos, de manera directa y través del control de constitucionalidad, no niegan que el legislador es quien primariamente tiene la competencia para definir los valores morales que deben guiar la sociedad, teniendo en cuenta los riesgos que implica hacer sólo énfasis en uno de los extremos opuestos de la unidad estatal. Es decir, este grupo busca la mediación entre democracia y Constitución, de tal manera que sólo la situación permitirá ponderar esos valores en las soluciones concretas. Pertenecen a esta concepción: Roberto Gargarella, Carlos Santiago Nino y Luis Prieto Sánchez²⁹.

25. SIERRA, Abdón. Control de Constitucionalidad y deliberación democrática en Colombia: Reflexiones a Partir de un Examen Crítico de la Línea Jurisprudencial en Salud

26. CAPPELLETI, Mauro. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. México: Porrúa, 1993. P.149

27. SIERRA, Op. cit. pp.43-77.

28. Ibid., p.43

29. Ibid., p.44

- Un último grupo, colocado al extremo opuesto de los anteriores, que considera al control de constitucionalidad como una institución que sirve para el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, entendiendo éstos como conquistas universales contra las intromisiones del poder público en el núcleo privado que todo ciudadano tiene derecho, es decir, las condiciones de libertad, igualdad, propiedad y dignidad que deben ser respetados. Entienden que el control de constitucionalidad debe llegar a anular las leyes que desconozcan esos mínimos de vida constituidos en derechos colectivos e individuales. Aquí se ubican autores como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, entre muchos otros³⁰.

En Colombia podríamos encuadrar en esta posición algunas decisiones de la Corte Constitucional y sus magistrados, que destacan la primacía de principios de justicia, generales y abstractos, así como también la relevancia del control de constitucionalidad, y el reconocimiento del catálogo de derechos individuales que integra a la democracia como presupuesto epistemológico.

Finalmente, y adhiriendo nuestra posición a este último planteamiento, podemos decir que la justificación de toda esa clase de acciones por parte de los tribunales constitucionales, se deben especialmente a razones de legalidad, e incluso legalidad penal, en vista de las frecuentes derivas criminales de la política, que el principio democrático nunca podrían cubrir y menos aún justificar³¹. La intervención de los jueces constitucionales, por medio del control de constitucionalidad, en el ejercicio de la vida estatal, supone la máxima garantía y protección de los grupos minoritarios y culturales, que históricamente han sido abandonados en países como el nuestro.

Conclusiones

Las dos dimensiones de la democracia, tanto la formal como la sustancial, han sido reemplazadas por un nuevo paradigma constitucional, que comprende una serie de valores, derechos fundamentales y principios ordenadores de justicia,

inmersos en constituciones rígidas, que imponen obligaciones y prohibiciones a toda la sociedad en general, para asegurar la forma legítima de sus decisiones normativas, así como la garantías efectivas de las libertades y necesidades vitales de todos.

Esta irrupción del garantismo constitucional ha vinculado a su ejercicio no sólo las normas referentes sobre quién está legitimado para decidir, sino también las reglas sobre las opciones que deben presidir el qué de las decisiones, reformulando aquella caracterización de la democracia como gobierno para el pueblo, asumiendo así un significado diametralmente opuesto: “designa la forma extrema y completa del gobierno de las leyes realizada mediante la doble subordinación al derecho, en las formas y en la sustancia, de las leyes mismas”³².

El neoconstitucionalismo es, en definitiva, la apelación a la participación democrática dentro de las fronteras de los derechos fundamentales e inalienables del ser humano, cuya realidad es impulsada por una jurisdicción constitucional que se basa en diversos instrumentos jurídicos como el control de constitucionalidad, lo que en últimas se traduce en la búsqueda del respecto por la diferencia y la realización de los derechos esenciales de las minorías.

Bibliografía

Arango, Rodolfo. Los derechos humanos como límite a la democracia. Bogotá, Norma, 2008. p. 428.

Arendt, Hanna. The Origins of Totalitarianism, San Diego: Harvest Books, 1979, p. 299. En: Costas, Douzinas. El fin(al) de los derechos humanos. Madrid: Revista Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7, 2006, p. 309-340.

Comanducci, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003. p. 281.

Cappelletti, Mauro. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. México: Porrúa, 1993. p.149

30. Ibid., p.44

31. FERRAJOLI, 2011 Op. cit.p. 16.

32. FERRAJOLI, 2011 Op. cit.p. 38.

Elster, Jon. Ulises y Las Sirenas: Estudios Sobre Racionalidad e Irracionalidad. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 325.

Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Trotta. 2008. p. 373.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta. 2003. p. 281.

_____. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Trotta. 2011. p.109.

Gargarella, Roberto. Constitucionalismo vs. Democracia. En: Gargarella, Roberto. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Compilación. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2008. p.1371.

Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid:, Trotta, 2003. p. 286.

Guzmán Guerra, Antonio. Constituciones políticas griegas. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 200

Pisarello, Gerardo. Un largo Termidor. Madrid: Trotta. 2011. p. 224.

Sastre, Santiago. Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo. Madrid: McGraw Hill.1999. p. 254.

Salazar, Pedro. La educación y la legalidad. Mazatlán, Cal y arena, 2008. P.258.

Sierra, Abdón. Control de Constitucionalidad y deliberación democrática en Colombia: Reflexiones a Partir de un Examen Crítico de la Línea Jurisprudencial en Salud y Desplazados en la Corte Constitucional. Valledupar: Librería jurídica Sanchez R.Ltda, 2007.p.167.

Viciano, Roberto & Martínez, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo lationamericano. En: El nuevo constitucionalismo en América Latina. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2010. p.92.