

# **APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Yezid Carrillo de la Rosa<sup>1</sup>**

## **RESUMEN**

Los dos primeros apartes de este trabajo proponen una aproximación al concepto de derechos fundamentales desde dos perspectivas: una metodológica, en que se intentan revelar los modelos epistemológicos que desde las ciencias sociales existen para abordar la problemática de los derechos fundamentales y, una histórica, en la que se intenta mostrar, sucintamente, los momentos más relevantes en la formación y desarrollo de éstos. El tercer aparte está asociado a los dos anteriores; en el se lleva a cabo un acercamiento, desde la perspectiva analítica, al concepto de neoconstitucionalismo.

## **ABSTRACT**

Both first separate ones of this work propose an approach to the concept of fundamental Rights from two perspective: a methodologic one, in which they are tried to reveal the epistemologic models that from social sciences exist to approach the problematic one of the fundamental rights and, an historical one, in that it is tried to show, briefly, the most excellent moments in the formation and development of these.

## **PALABRAS CLAVES**

Derechos fundamentales, constitución, neoconstitucionalismo, supralegalidad, supraconstitucionalidad

## **KEYWORDS**

Fundamental rights, constitution, neoconstitucionalism, supralegality, supraconstitutionality

Este artículo es producto del grupo de investigación TEORÍA JURÍDICA Y DERECHOS SOCIALES “PHRÓNESIS”. Categoría “C” de Colciencias. Grupo de investigación de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Depositado en noviembre 11 de 2009, aprobado en enero 29 de 2010.

---

<sup>1</sup> Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. yezidcarrillo@hotmail.com.

## 1. ENFOQUE METODOLÓGICO SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Este apartado se interesa por las perspectivas metodológicas actuales que desde el ámbito de las ciencias sociales existen para analizar, reflexionar y criticar los derechos fundamentales.

### 1.1 FERRAJOLI: PERSPECTIVA FILOSÓFICA, TEÓRICA Y DOGMÁTICA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según Ferrajoli la pregunta ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Puede tener tres respuestas distintas. La que da la (teoría) dogmática constitucional nacional o internacional, la que puede proponerse desde la filosofía política y la que ofrece la teoría del derecho.

Según la dogmática constitucional son derechos fundamentales aquellos derechos que tienen carácter universal e indisponible consagrados en el derecho positivo nacional o en las declaraciones universales y en los pactos internacionales.

La filosofía política, no dice que son los derechos fundamentales (respuesta de tipo asertivo) sino cuales “deben ser” garantizados como derechos fundamentales (respuesta de tipo normativo), y para ello hace uso de tres criterios axiológicos<sup>2</sup>: el primero es el nexo entre derechos humanos y paz, instituido por la Declaración Universal de 1948 que supeditó la paz interna de los Estados a la garantía de los derechos humanos, pues la violación sistemática de estos justifica la rebelión como expresión del derecho de resistencia<sup>3</sup>; el segundo es el nexo entre derechos e igualdad, que se expresa en un doble sentido: como garantía de las diferencias personales y como reducción de las desigualdades materiales<sup>4</sup>; el último es el de los derechos fundamentales como leyes del más débil, pues se considera que históricamente estos derechos, frutos de luchas o revoluciones, representan conquistas de los

más débiles frente a los más fuertes (soberanos, iglesias, mayorías etc.) y suponen limitaciones a los poderes existentes<sup>5</sup>.

La teoría del derecho intenta definirlos sin determinar el contenido de tales derechos. Ahora bien, de estas teorías, la más plausible, a su juicio, es aquella que los identifica con los derechos universales, indisponibles e inalienables, lo que significaría que tales derechos se formulan en forma de regla general, se confieren por igual a todos y están sustraídos tanto de la política como del mercado. Esta teoría se identifica con la conceptualización que el mismo propone de los derechos fundamentales

### 1.2 ALEXY: PERSPECTIVA ANALÍTICA, EMPÍRICA Y NORMATIVA EN UNA TEORÍA DOGMÁTICO- CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Alexy señala que casi todas las disciplinas en el ámbito de las ciencias sociales han abordado la cuestión de los derechos fundamentales. La historia se interesa por sus orígenes, la filosofía por su fundamentación y la sociología por la función de éstos en el sistema social<sup>6</sup>. También hallamos la perspectiva de la teoría jurídica, a la que adscribe Alexy sus investigaciones, y que denomina “teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental” para diferenciarlas de otras: como las teorías que se interesan por los derechos fundamentales que ha tenido vigencia en el pasado (teorías histórico- jurídicas) o las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) o de las teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados. Aunque lo anterior no quiere significar que no existan conexiones entre los enfoques anteriores<sup>7</sup>.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley fundamental se caracteriza porque es una teoría sobre determinados derechos

2 FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, En, CARBONELL, Miguel (ED). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: editorial Trotta –UNAM, 2007, p. 73 -75.

3 *Ibid.*, pp. 75 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 79 y ss.

5 *Ibid.*, pp. 82 y ss.

6 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 27.

7 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

fundamentales positivamente válidos en un orden jurídico determinado, sea que se planteen problemas que conciernen a todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de determinado tipo (Ej. los derechos de libertad o igualdad, prestaciones, etc.). Al ser una teoría dogmática jurídica es posible distinguir en ella tres tipos de indagaciones: la analítica, la empírica y la normativa<sup>8</sup>.

La perspectiva analítica se centra en el aspecto sistemático-conceptual del derecho válido (análisis de los conceptos fundamentales, la construcción jurídica, estructura del sistema jurídico y la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales). La perspectiva empírica se interesa por el conocimiento del derecho positivamente válido (legislado y judicial) y a la utilización de las premisas empíricas en la argumentación jurídica. Y la dimensión normativa permite orientar y criticar la praxis jurídica (actividad judicial) y conecta directamente con el carácter práctico de la ciencia del derecho<sup>9</sup>.

Una teoría jurídica general de los derechos fundamentales es una teoría idea que pretende integrar, de la manera más amplia posible, los enunciados verdaderos o correctos (analíticos, empíricos y normativos) y vincularlos óptimamente. Ahora bien, para él. Este ideal teórico sólo puede ser alcanzado de manera aproximada por parte de las teorías actuales existentes de los derechos fundamentales<sup>10</sup>, pues, por una parte, no involucran las tres dimensiones y, por otra, constituyen teorías unipuntuales, las cuales pretenden remitir los derechos fundamentales a una tesis básica, lo que parece estar en contravía a la idea de que, dada la complejidad de los derechos fundamentales, no parece posible reducirlos a un principio único<sup>11</sup>.

Lo contrario a una teoría unipuntual es una teoría

combinada que recurre a todas las concepciones básicas de los derechos fundamentales como lo hace el Tribunal Constitucional alemán, lo que a juicio de Alexy es también contraproducente. La insuficiencia de estas dos formas de teorías puede ser suplida por una teoría estructural<sup>12</sup>.

## 2. ENFOQUE HISTÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Este apartado intenta dar cuenta de la formación del objeto de investigación: los derechos fundamentales. Para ello vamos a tener en cuenta la perspectiva empírico-histórica.

### 2.1 MARCO HISTÓRICO DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN (POSITIVIZACIÓN) DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, cuya historia institucional tiene sus antecedentes más remotos en: el ámbito anglosajón, con la Carta magna de 1215, la Petición de Derecho de 1628, las Leyes de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689; en Norteamérica, con la Declaración de derechos de Virginia de 1776, que es considerada la primera tipificación completa de los derechos fundamentales; y en Francia, con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano<sup>13</sup>. Veamos a continuación como se desarrolló ese proceso

#### 2.1.1 La positivización de los derechos y libertades en el mundo Inglés

El antecedente más remoto, que se tiene sobre la institucionalización de los derechos en Inglaterra, data del siglo XII, cuando Enrique I otorga la coronación de Chartier que ha sido considerado por muchos como el primer documento de las libertades inglesas. También puede señalarse, la Carta de las libertades

8 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 29.

9 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 30-32.

10 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 35.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

12 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op.cit., p. 28.

13 ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, pp. 32-33.

concedida por Enrique II en 1154 y por medio de la cual se reforman las prácticas judiciales y se unifica la administración de justicia. Especial significación tiene la llamada Carta Magna (1215), en la que se propone un modelo compartido en el ejercicio de poder<sup>14</sup> y una serie de libertades entre las que resaltan las relacionadas con el debido proceso.

Junto a la Carta Magna debe resaltarse la denominada “Petición de derecho” de 1628 en la que se establece que (i) no puede haber impuesto sin consentimiento de los individuos expresados en el parlamento, (ii) que nadie puede ser juzgado o encarcelado desconociendo a la “Carta Magna”, (iii) ni los soldados alojarse en la propiedad privada sin el consentimiento de su propietario, (iv) ni pueden los civiles ser juzgados por los militares. Y la “Bill of Right” (1689) en donde se consagran los derechos y libertades del parlamento y la justicia frente al Rey<sup>15</sup>. Ahora bien, si el “Bill of Right” garantiza la independencia y libertad del parlamento frente a la corona, el “Act of settlement” o ley de compromiso de 1701 garantiza las libertades y derechos de los súbditos frente al monarca y, por otra, la supremacía del parlamento frente al rey<sup>16</sup>.

Uno de los legados más significativos, de la historia política y constitucional inglesa, es su idea de constitución y de democracia, no como expresión del más fuerte sino como límite al ejercicio del poder, que sienta las bases del principio liberal del constitucionalismo<sup>17</sup>. La constitución aparece así como una forma de organizar y limitar el poder, mediante los derechos fundamentales, para garantizar la libertad; de suerte que en el núcleo del concepto

de constitución se halla la noción de derechos y libertades como límite al poder del gobernante y al poder normativo-creador del legislador<sup>18</sup>. Gran relevancia tiene la figura de Edward Coke (1552-1643) quien defiende el carácter vinculante del common law frente a los actos de los poderes público e, incluso, la inaplicación de la ley en caso de que traicione su naturaleza.<sup>19</sup>

### 2.1.2 La positivización de los derechos y libertades en la Constitución Norteamericana

La cuestión básica en el establecimiento de la democracia norteamericana, era ¿Cómo evitar que un gobierno republicano fundado en el principio de la mayoría conduzca a una tiranía facciosa que vulnere los derechos de las minorías? La respuesta la hallan en la institucionalización de una Constitución escrita fundada sobre el poder constituyente del pueblo americano y cuya filosofía se halla en el contenido del Federalista<sup>20</sup>.

El Federalista abandona la concepción romántica que ve en el pueblo un ente supremo y glorioso. Teme a las mayorías defendidas por los demócratas radicales<sup>21</sup> y por ello propone estrategias que eviten las mayorías estables y duraderas, pues pueden degenerar en una tiranía facciosa. En ello fue fundamental el establecimiento del régimen Federal, la defensa del modelo republicano, la idea de separación de poderes y el establecimiento de la supremacía constitucional.

La constitución escrita es de por sí una limitación del ejercicio abusivo del poder político de una mayoría facciosa, pero no basta; el *control de*

14 Según esta: (i) el rey no puede establecer auxilios económicos en su favor sin la autorización del *Consejo común* y que en la práctica conduce a que no puede haber impuesto sin representación, (ii) existen unas garantías expresas que deben ser aplicadas en los procesos judiciales, en las que se destaca el habeas corpus y el debido proceso, (iii) se establece un órgano representativo, el *Mágnam Concilium*, que tiene derecho a dar su consentimiento para el establecimiento de los impuestos y a presentar peticiones.

15 OLIVEIR, Duhamel y CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *Las democracias*. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, pp. 4-5.

16 *Ibíd.*, p. 6.

17 ARAGÓN REYES, Manuel. “La constitución como paradigma” *En*. CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007. p. 30.

18 *Ibíd.* p. 31.

19 FIORAVANTI, Mauricio. *Op. cit.* p. 67.

20 UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ A. *revolución, independencia y constitución en Estados Unidos*, en prensa, 2003, p.

21 *Ibíd.*, p. 26.

*constitucionalidad* permite que se declare nula una ley que desconozca la constitución así halla sido aprobada por las mayorías. A diferencia del constitucionalismo Inglés (constitución antigua), En lo Estados Unidos de América, lo particular será el surgimiento del Estado constitucional (constitución de los modernos) y una nueva idea de Constitución, en la que esta aparece dotada de ciertas características formales como la de ser una “norma fundamental” (superley) escrita y rígida, y características materiales, cual es la de garantizar derechos y establecer la división de poderes (Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano).

### 2.1.3 El modelo constitucional de los derechos y libertades francés

En Francia se impuso la idea del carácter unitario e indivisible de la soberanía que residía en el parlamento otorgándole a éste una visión predominante vinculante frente a la actuación del ejecutivo y los jueces<sup>22</sup>. Como consecuencia de ello en el siglo XIX se prioriza la figura del parlamento frente al texto constitucional. Establecida la soberanía del parlamento se establece la soberanía de la ley, a la que se identifica con el derecho válido y eficaz, lo que en la práctica conduce a una relación asimétrica entre la ley y la constitución. A esta última no se le reconoce valor jurídico ni fuerza vinculante sino moral. Dos argumentos jugaron un papel decisivo en ello. El primero es el argumento del legislador racional que permitía imputarle a éste y al producto de su actividad, la Ley, ciertas propiedades que garantizan su racionalidad de manera que, aun cuando las reglas de derecho positivo sean elaboradas por una pluralidad de individuos falibles y concretos se concibe a éstas como productos de un ser único suprapersonal, infalible, sensato, prudente, sabio, justo, coherente, etc.; el segundo se conoce como el principio de soberanía parlamentaria o de supremacía de la ley<sup>23</sup>, según el cual las disposiciones expedidas por el parlamento priman sobre cualquier otra disposición e incluso sobre

la constitución. Lo anterior conduce a que, por una parte, no se le permita al juez realizar una interpretación del derecho positivo (aplicación mediante silogismo) y, por otra, que se prohíba la revisión de los actos del parlamento ni se cuestione la interpretación o los desarrollos legislativos a la luz de las directrices o normas constitucionales.

### 2.2 LA IDEA DE SUPRA-LEGALIDAD Y SUPRA-CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO EUROPEO Y NORTEAMERICANO

El constitucionalismo continental durante gran parte del siglo XIX, no pudo ver en la constitución más que documentos de naturaleza política sin eficacia directa sobre el orden jurídico, pues la soberanía y la supremacía era la del parlamento, bien en forma directa, como en Gran Bretaña, o en bien de forma indirecta (reflejo de la soberanía nacional), como en Francia. La situación en el ámbito norteamericano, como vimos fue totalmente distinta, pues desde sus inicios logró consolidar la idea de un Estado constitucional de derecho fundado sobre la idea de supremacía jurídica de la Constitución a la que se le consideraba una norma jurídica vinculante, como es bien sabido, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, desde sus inicios, uso de la judicial review, que invertía la relación entre la Ley y la Constitución y que negaba el principio de supremacía legal europeo, permitiendo que los jueces pudiesen anular leyes expedidas por el Congreso si se consideraba que estas violaban el texto constitucional<sup>24</sup>.

De lo anterior podemos inferir dos versiones más o menos delimitada de Constitución. Una de ellas es la visión europea, en la que no llega a consolidarse la idea de que la Constitución es una norma jurídica con poder vinculante frente a los poderes constituidos del Estado cuya violación tiene un carácter antijurídico. Estado constitucional significó simplemente un ente organizado con arreglo a ciertos principios y valores que tenían más

22 Ibid., p. 25.

23 LOPEZMEDINA, Diego. “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas”, En, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*. Editorial Porrúa y UNAM, México, 2005, p.787.

24 Ibid.. p. 788.

bien un carácter simbólico y que a lo sumo constituirían aspiraciones de carácter moral en un estado de cosas ideales, pero que en manera alguna representaban normas supra-legales que subordinaban la actividad de los poderes del Estado; por consiguiente, en la cúspide del ordenamiento jurídico se encontraba la ley elaborada por el parlamento. Esta concepción tuvo vigencia durante todo el siglo XIX.

Otra es la visión que propone el constitucionalismo americano. Para esta postura la Constitución es derecho con fuerza y poder vinculante; es por excelencia el derecho supremo de un país al que deben sujetarse y someterse el resto de los poderes que conforman al Estado, siendo por ello posible el control constitucional; no designa sólo un régimen sino además una norma con poder vinculante a la que deben someterse todos los poderes y su establecimiento presupone distinguir al interior de un Estado, (i) los órganos con supremacía y función normadora por medio de la cual habitualmente se crea ordinariamente el derecho, (ii) la norma suprema que se constituye en límite y fundamento de validez de la creación normativa, (iii) la legislación ordinaria de la Constitución y (iv) el órgano encargado de guardar la supremacía de la norma suprema; por consiguiente, no todo ordenamiento jurídico tiene una constitución. No hay constitución en el sentido moderno y democrático si la creación no esta separada de la aplicación o si la creación no esta sometida igualmente a normas superiores. En el primer caso se hará alusión a la soberanía de los jueces o del monarca o dictador, en el segundo la soberanía parlamentaria.

### **2.3 LA IDEA DE SUPRA-LEGALIDAD Y SUPRA-CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO COLOMBIANO**

En el ámbito nacional hay que señalar que desde sus inicios el sistema jurídico colombiano acogió la visión europea continental sobre la supremacía de la ley frente a la constitución. Durante todo el siglo XIX, los derechos incluidos en la Constitución constituyeron meras proclamas morales, sin valor jurídico vinculante, que servían para orientar al legislador en su tarea creativa del derecho positivo pero nunca lo obligaban; de allí que no hubiese necesidad de

plantearse problemas sobre la interpretación de las normas constitucionales, a pesar de consagrar éstos derechos lo que hoy podemos considerar como fundamentales. Con el acto legislativo No. 3 de 1910 se introdujo a favor de la Corte Suprema de justicia la potestad de declarar inconstitucional las leyes contrarias a la constitución, no obstante el mismo no fue usado sino en la década del treinta al cuarenta.

Las investigaciones histórico-filosóficas sobre el desarrollo del derecho colombiano muestran como inicialmente éste estuvo orientado por una concepción formalista (1855 y 1886) influenciada por la exégesis y la jurisprudencia de conceptos y por el Código Civil colombiano y la Ley 153 de 1887; esta concepción, al igual que la corriente formalistas europeas, se caracteriza por que considera que el derecho es la ley elaborada por el parlamento, no la constitución, que el sistema jurídico es completo, coherente, sistemático, coercible, neutral y porque, además, privilegia una interpretación literal del derecho. De allí que el juez no tuviera en cuenta las normas constitucionales (Constitución política de 1886) Hacia 1916 se opera en el pensamiento jurídico colombiano, una reacción antiformalista tanto en el derecho privado como en el público influenciado por una concepción más liberal y progresista del derecho, teniendo su período más importante entre los años 1936 y 1940 con la llamada Corte de Oro. Hay que señalar que ya para esta época ya en Europa se habían desarrollado las corrientes antiformalistas, que si bien reaccionaron contra el excesivo formalismo jurídico siguieron defendiendo la supremacía de la Ley positiva frente a la Constitución, a la que consideraron como el derecho por excelencia, ideas que también siguieron siendo acogidas en el escenario nacional.

Luego de este período (1940-1950) el formalismo vuelve a constituirse en la teoría dominante, incluso apoyándose en la teoría de Kelsen. Para los años 80, se recepcionan las nuevas obras de teoría del derecho y de la argumentación, que comienzan a hacer énfasis en la adjudicación y decisión judicial, abriendo camino hacia un derecho de carácter principialista que se consolida con la expedición constitución de

1991, los derechos e instrumentos procesales consagrados en ella y los fallos de la corte constitucional.

Con la expedición de la Constitución política de 1991, se consolida en Colombia la idea de Constitución con carácter vinculante para todos los poderes públicos y con eficacia directa sobre el resto del ordenamiento jurídico. A diferencia de la Constitución anterior, la nueva Carta propuso una serie de instituciones y mecanismos que propendían por la distribución del poder político y garantizaban el control por parte de sus destinatarios.

### 3. NEOCONSTITUCIONALISMO Y DE-RECHOS FUNDAMENTALES

Lo que hoy denominamos neoconstitucionalismo se encuentra asociado primeramente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la segunda guerra mundial, y especialmente en los años setenta del siglo XX, que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores (derechos fundamentales) que condicionan y, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado; además de lo anterior, y como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y su efecto irradiador sobre el resto del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo se liga usualmente a la modificación que se ha operado en los parámetros interpretativos y la forma como justifica las decisiones judiciales los tribunales y cortes constitucionales, en la que ahora entrar a jugar un papel fundamental la ponderación de valores y principios; finalmente, el neoconstitucionalismo se relaciona con un conjunto de “desarrollos teóricos novedosos” que reflexionan sobre los dos fenómenos anteriores no sólo para describirlo (análisis) sino también para contribuir a su desarrollo (crearlos) y de los que participan autores reconocidos<sup>25</sup>

Ferrajoli sostiene que por “constitucionalismo” debe entenderse un nuevo modelo de derecho y democracia, materializado en el nuevo paradigma del “Estado constitucional de derecho” como superación del “Estado legislativo de derecho”, que se caracteriza por la existencia de un sistema de vínculos sustanciales de los poderes públicos a los principios y derechos fundamentales, establecidos en constituciones que surgen en la segunda posguerra, que establecen límites al legislador y a las mayorías políticas contingentes. El constitucionalismo, según Ferrajoli, representa el paso del Estado de Derecho al estado Constitucional de Derecho en el que no hay lugar a poderes soberanos, pues todos se hallan sometidos a la Ley y la Constitución, y en especial, a los derechos fundamentales que deben ser garantizados. Desde esta perspectiva, el garantismo constituye la otra cara del constitucionalismo, en cuanto se interesa por proponer técnicas de garantías idóneas para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente.<sup>26</sup>

Actualmente suele distinguirse tres perspectivas de análisis en el neoconstitucionalismo: una perspectiva teórica a la que se denomina neoconstitucionalismo teórico, una perspectiva ideológica, identificada como neoconstitucionalismo ideológico, y una perspectiva metodológica o neoconstitucionalismo metodológico.

#### 3.1 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

El neoconstitucionalismo como teoría (neoconstitucionalismo teórico), opuesto al positivismo teórico, que se interesa por describir o reconstruir el modelo de sistema jurídico que surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos y que sería compatible con el positivismo actual, en la medida en que sólo acepta, al igual que el positivismo metodológico, la tesis de la conexidad contingente entre derecho y mora (Comanducci, 2006, 83 y 87). El neoconstitucionalismo teórico reconoce la

25 CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, *En*, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp. 9-11.

26 FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, *En*, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007, pp.71-72

insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta de los estándares normativos del derecho contemporáneo, admitiendo la existencia de otros estándares como los principios; igualmente reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho y, por tanto, la insuficiencia de la subsunción en la aplicación del derecho (García, 2006, 171). Exponentes de esta versión serían autores como, Ferrajoli, Pietro Sanchis y el propio Comanducci, entre otros, aunque es evidente que sus teorías no puedan reducirse unas a otras.

### 3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO

El neoconstitucionalismo puede ser analizado como una ideología (neoconstitucionalismo ideológico) que además de sostener la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la valora como positiva (tesis normativa de la vinculación) y deriva de ella algunas consecuencias, como la de que la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la obediencia ciega al derecho legislado (antiformalista y antilegalista) y, por el contrario, prescribe la obligación moral de obedecer la constitución y las normas conforme a ella (García, 2006, 172 y 2009, 18). Comanducci señala además como una característica del neoconstitucionalismo ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y lectura moral de la Constitución (2006, 91). Exponentes de esta versión son Zagrebelsky, Alexy y Dworkin, entre otros, aunque, como en el caso anterior, sus teorías no pueden reducirse unas a otras (2006, 85-86).

### 3.3 NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO

El neoconstitucionalismo presupone una posición metodológica (neoconstitucionalismo metodológico) que niega la tesis centrales del positivismo metodológico y, contrario a éste defiende la tesis analítica de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que

sostiene, como lo vimos anteriormente, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre el derecho y la moral y que esta se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas cartas constitucionales. Los neoconstitucionalistas metodológico pueden a su vez subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general, un neoconstitucionalismo metodológico fuerte, como sería el caso de Alexy, que pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y un neoconstitucionalismo metodológico débil, como el propuesto por Dworkin que desarrolla su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña.

Como podemos observar, hoy conviven dos formas de neoconstitucionalismo uno positivista (teórico) y otro antipositivista (ideológico y metodológico). Ferrajoli sostiene que el neoconstitucionalismo no pretende poner en crisis o eliminar la tesis de la separación entre derecho y moral sino completar el paradigma positivista (Ferrajoli, 2001, 54).

## 4. CONSIDERACIONES FINALES: EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL NUEVO DERECHO EN COLOMBIA

Las reflexiones anteriores se encuentran articuladas a las nuevas preocupaciones académicas nacionales que ven como la comprensión que se tenía del derecho en Colombia y de sus práctica interpretativa se ha modificado luego de la expedición de la Constitución Política de 1991 y el desarrollo jurisprudencial posterior. Algunos han denominado ha este fenómeno “el nuevo derecho”<sup>27</sup>, otros “constitucionalización del derecho ordinario”<sup>28</sup> o “neoconstitucionalismo”<sup>29</sup>. Lo que es evidente es que este fenómeno no es ni nuevo ni única y exclusivamente colombiano y se caracteriza por: la permeabilidad del derecho ordinario por las normas constitucionales o,

27 LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2000). *Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

28 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (1997). “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”, *En*, *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*. Santafé de Bogotá: Ediciones Rosaristas

29 BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C.



si se quiere, la omnipresencia de la Constitución en el derecho ordinario convirtiéndose en fuente autoritativa del derecho con carácter vinculante y aplicación directa; la transición a un estado social y constitucional de derecho; el reconocimiento de estándares normativos distintos a las reglas positivas como los valores o principios, que acercan el derecho a la moral (corrección); la internacionalización y/o globalización de los derechos humanos y la incorporación de éste a los ordenamientos jurídicos internos con fuerza vinculante para los poderes públicos; en la aplicación del derecho, el uso de los principios de

la razón práctico en la ponderación de razones; el papel dinámico del juez en la configuración del derecho y la búsqueda de la justicia material o sustantiva y ya no únicamente de la seguridad jurídica (justicia formal).

En la base de este proceso se halla el hecho de que hoy los derechos fundamentales se ubican en la cúspide del sistema, por ello preguntarse ¿qué y cuáles son los derechos fundamentales? parece un deber ineludible de la comunidad académica y profesional de juristas, jueces y abogados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003.
- ARAGÓN REYES, Manuel. “La constitución como paradigma” En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- BOKÉNFORDE, Ernst Wolfgang. Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia. Ed trotta Madrid, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel. “La constitución como paradigma” En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismos en su laberinto”, En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la constitución”, En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, En, CARBONELL, Miguel (ED). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: editorial T rotta –UNAM, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- GARCÍA V., Mauricio y RODRÍGUEZ A. La revolución Francesa, en prensa, 2003.
- GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”, op. cit. En, CARBONELL, Miguel. Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2000). Derecho de los jueces. Bogotá: Legis.
- LOPEZ MEDINA, Diego. “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas”, En, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional. Editorial Porrúa y UNAM, México, 2005.
- MIRABEAU. “Discurso ante la asamblea del 1 de septiembre de 1789”, En, MARTÍNEZ ARANCÓN, A. La Revolución francesa en sus textos, Tecnos, Madrid, 1989.
- OLIVEIR, Duhamel y CEPEDA ESPINOSA, Manuel. Las democracias. Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.
- SIEYÉS. E., “Opinión del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, En, Escritos y Discursos de la Revolución., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. (1997). “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulaión de los grandes modelos de interpretación jurídica”, En, Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía. Santafé de Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ A. revolución, independencia y constitución en Estados Unidos, en prensa, 2003.