Fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales surgidas después de la Segunda Posguerra: Espejismos al descubierto.

Ximena Espinosa Torres.

Estudiante.

Dr. Carlos Andrés Orozco Arcieri.

Tutor.

Tesina de grado.

Maestría en Derecho.

Universidad del Norte

Barranquilla

2021

Dedicatoria

Este trabajo se lo dedico a mis amigos y familiares, a quienes nunca se cansaron de creer y ver fortaleza en mí, a pesar de mis propias debilidades. A quienes me recordaron lo que soy, cuando yo misma no me encontraba. A ti muchas gracias por permanecer lado a lado.

Agradecimientos

Agradezco primeramente a Dios por permitirme comprender que la sabiduría, el conocimiento y la ciencia brotan de su verbo, y porque permitió en mí una curiosidad inexplicable por la ciencia. A mis padres y a mi abuela quienes siempre me han apoyado en mis estudios, a mi tutor porque en este camino después de todo, aprendimos juntos.

Tabla de Contenido

Introducción	5
Capítulo 1	9
1. Ideología: La inquietud por la institución social y su reflejo en el mundo del Derecho.	9
1.1 Aproximaciones conceptuales a la pregunta por la ideología.	9
1.2 La importancia de una base ideológica en el contexto de la legitimación del poder.	26
Capítulo 2	52
2. Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo (s) y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Conceptos en contexto.	52
2.1 Constitucionalismo	52
2.2 Neoconstitucionalismo (s)	76
2.3 Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	93
Capítulo 3	105
3. Análisis sobre las verdades objetivadas del Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Espejismos al descubierto.	105
3.1 Espejismos de las verdades objetivadas: El caso del Neoconstitucionalismo	105
3.2 Espejismos de las verdades objetivadas: El caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.	132
CONCLUSIONES	139
Bibliografía	145

Índice de Imágenes y Tablas

Imagen 1. Diferentes conceptualizaciones del término de ideología.	25
Tabla 1. Diferentes Connotaciones acerca de la libertad según Ferrajoli	83

Introducción.

En el texto que se sigue a continuación se analizará la importancia de la fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, en particular las propuestas del neoconstitucionalismo(s) y del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano; la pertinencia de fundamentar ideológicamente las propuestas discursivas de las corrientes constitucionales de manera tal que la interpretación constitucional y el desarrollo de los Estados Constitucionales responda a los valores y principios interpretados en la cultura, y no a escenarios retóricos.

Corresponde en este sentido, acudir a un marco teórico que desarrolle, por un lado, el sentido del concepto de ideología utilizado para analizar la importancia de la fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra; y por otro, el concepto y la propuesta teórica desarrollada por el neoconstitucionalismo(s) y del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Comprender el término ideología, implicará un recorrido histórico y conceptual de su término, que ha sido comprendido desde una construcción de base de cientificidad sobre lo real, hasta la comprensión peyorativa del término refiriéndose a la crítica de las ideas distorsionadas de lo real. En relación a la actuación del Estado, y en lo que respecta al Derecho Constitucional, preguntarse por el término ideología es relevante en el proceso de legitimación del poder político.

Desde distintas perspectivas se ha analizado la relación ideología, legitimidad y poder, y se ha abordado la pregunta por el origen y permanencia del poder político soberano. En esta perspectiva el ejercicio del poder político requerirá de una base ideológica que legitime su permanencia. En esta propuesta, esta base ideológica es la ajustada a la historia, a los valores y a los elementos culturales propios de cada sociedad declarados en la Carta Constitucional y no debe sustituirse por la ideología impuesta por una clase dominante o por una estructura discursiva de movimientos o teorías constitucionales sin la correcta lectura del contexto.

La noción de ideología se encuentra en el filo del contraste entre derecho y política, es el hilo conductor que los vuelve inseparable, así Bobbio (1985) señalará que el poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder queda vacío (p.23); de lo que se trata, es de conducir el poder político en una actuación orientada desde el derecho y este derecho a su vez debe tener un sustento ideológico. El mismo autor señala que solo la justificación, cualquiera que esta sea, hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica.

La visión del concepto de lo ideológico al que llegaremos en esta investigación, es el de la visión antropológica de Geertz (2003), quien propone una visión de la ideología en la que se asocia los elementos de la cultura de manera tal que resulten ser motivación de la acción, no desde un discurso aislado con pretensiones de objetividad y de universalidad, sino, por el contrario, determinado por un contexto social y cultural. En este sentido, las corrientes o movimientos teóricos constitucionales que surjan a veces por momentos fugaces y de forma esporádica podrán revisarse en razón a si constituyen una propuesta retórica que poco tienen que ver con los principios y valores de los Estados y su desarrollo en sociedad y en ocasiones utilizados como discursos de

legitimación de poder alejados de la realidad; o, por el contrario, si responden a una aporte constitucional relevante anclados en el deber ser de la fundamentación ideológica desde lo cultural.

Este concepto cultural de lo ideológico, requiere una acción de interpretación constante de las expresiones sociales. Para Geertz (2003) la ideología no describe, sino que justifica y critica estilos y creencias, por ello debe estar inmersa de manera permanente en el contexto social y no simplemente observar los fenómenos sociales de forma objetiva; y, en este sentido, entiende que la ideología es un llamado a la acción desde y hacia la cultura.

Por otra parte, definido el concepto antropológico de ideología, se seguirá en esta investigación, con la teorización alrededor de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, en particular lo referente al Neoconstitucionalismo(s) y al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Para conocer la propuesta de estas corrientes, se hará mención al constitucionalismo como la dimensión histórica y política del desarrollo de los Estados liberales y constitucionales, base sobre la cual las corrientes surgidas después de la segunda posguerra, desarrollan sus propuestas.

El interés en esta investigación surge de la forma como han aparecido diversos movimientos y llamadas teorías constitucionales después de la segunda posguerra, y en muchas ocasiones en los mismos momentos en los que se han desarrollado figuras del derecho procesal constitucional por parte de los Tribunales Constitucionales, en respuesta a las situaciones de ingobernabilidad, y fragmentación democrática de estos tiempos. Algunos de estos movimientos no resultan ser descriptivos, sino propuestas con un alto contenido discursivo que pueden y han llegado a ser

adoptadas por los Estados como respuestas mediáticas a cuestiones constitucionales más profundas, degenerando (tal vez sin intensión), en discursos legitimadores de poder sin fundamento ni estudio social ni cultural, ejemplificamos para este caso la forma lamentable como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano fue adoptado en la propuesta constitucional venezolana.

En este sentido, el objeto del presente trabajo es analizar la importancia de la fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales mencionadas, significando con ello un llamado para la reflexión y reivindicación de los elementos de la cultura en los escenarios constitucionales, tal como se viene realizando en la interpretación constitucional colombiana, en un ejercicio que pasa del análisis de la lógica formal a la interpretación material del derecho viviente.

Habiendo explicado el objeto de este estudio, se presentará ahora el plan de trabajo que será abordado: en el primer capítulo se mostrará un recorrido conceptual sobre la noción de ideología, llegando finalmente a la visión antropológica de este concepto; seguidamente se explicará la importancia de la base ideológica en el contexto de legitimación del poder. En el segundo capítulo se describirá la propuesta conceptual y los contextos del Constitucionalismo, el Neoconstitucionalismo (s) y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. En el tercer capítulo se analizará de forma crítica la fundamentación ideológica del Neoconstitucionalismo (s) y del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Capítulo 1

1. Ideología: La inquietud por la institución social y su reflejo en el mundo del Derecho.

> Por lo tanto, no estaba soñando, después de todo – se dijo a si misma-; a menos que… a menos que todos hayamos formado parte del mismo sueño. Sólo espero que sea mi sueño y no el del Rey Rojo. No me gusta ser el sueño de otra persona.
>
> Alicia a través del espejo (Carroll, 2011, p. 196).

1.1 Aproximaciones conceptuales a la pregunta por la ideología.

Preguntarse qué es la ideología sugiere, sin duda, un problema de conceptualización que evoca la forma misma en que las palabras o el lenguaje es aprehendido y comprendido en determinado momento de la historia. La noción de ideología no se puede resumir tan fácilmente, toda vez que en distintos contextos autores han reconocido una interpretación diferente del asunto ideológico, desde la noción de lo ideológico como construcción de una base de cientificidad de una idea, hasta la comprensión peyorativa del término refiriéndose a la crítica de las ideas distorsionadas de lo real. En este sentido, podemos señalar que no hay consenso sobre el contenido y alcance de este concepto; y lo que podemos hacer es mostrar las diferentes conceptualizaciones al respecto.

Puede decirse que los fenómenos relativos a la legitimación del poder político desde una base intelectual, han sido de gran interés desde la modernidad y el proceso de racionalización de la soberanía del Estado, ya sea para legitimar la existencia y el funcionamiento del Estado desde una

determinada esencia o para distorsionar el conocimiento de lo real para diferentes propósitos. En este aspecto, señala Larraín (2007) “la ideología no es un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad. Sin embargo, el interés por analizar y estudiar sistemáticamente esta clase de fenómenos sólo aparece en los tiempos modernos tras la desintegración de la sociedad civil medieval” (p.9).

El término *ideología* se le atribuye a Francis Bacon (1561–1626), quien, realizando una serie de análisis de los *Idola*, utilizó la expresión; al respecto, Cárcova (1998) señala que analizar la noción de ideología es remitirse al pensamiento de Bacon en su teoría de las *Idola* como fuentes de error que afectan el pensamiento humano. Dentro de esas *idolas* se encuentran las siguientes:

-*idolas* de los sentidos o *tribus;*

-*idolas* de la caparazón o *specus*, en la que la luz del mundo penetra en forma limitada por nosotros;

-*idolas* de las perturbaciones del conocimiento o *fori*, a partir de los discursos y el lenguaje;

-*idolas* del espectáculo o *theatri*, que se refiere a los estereotipos y las representaciones.

El uso del término *ideología* se ha reconocido a los discípulos de Bacon (Destrutt De Tracy, Volney, Cabanis, entre otros) para referirse al estudio de la formación de las ideas, el lenguaje y las sensaciones. Este primer concepto de ideología se relaciona con el conjunto de ideas y las características propias del lenguaje, por lo que no es extraño que en sus inicios los estudios de pretensión de cientificidad de lo ideológico hayan sido más desde el campo de la gramática que desde lo político.

Uno de los discípulos de Bacon, Destrutt De Tracy (1754–1836) en su texto *Eléments D'Idéologie* publicado en cuatro volúmenes (el primero publicado en 1801 y el último en 1815), concibe la ideología como la ciencia que estudia las ideas como si fueran fenómenos naturales, que expresan la relación entre el hombre y su medio natural de vida. Su propósito era el de conducir el espíritu a la búsqueda de la verdad. La escritura del texto parece propia de un curso de gramática, ya que la vocación de De Tracy era la de señalar la relación entre signo e idea y, en este sentido, el estudio de las ideas desde un orden social. Tal como lo señala De Tracy:

> La propiedad que tienen los signos de ser un medio de comunicación con nuestros semejantes es el origen de todas nuestras relaciones sociales y, en consecuencia, dio nacimiento a todos nuestros sentimientos y a todos nuestros placeres morales. (…) sin ella (la sociedad***)*** cada hombre estaría reducido a sus fuerzas individuales para actuar y para conocer; y ya hemos observado que en ese aislamiento forzoso el hombre quedaría por debajo de los salvajes más estúpidos, porque los más brutos de entre ellos aún deben muchas ideas al estado de sociedad. (De Tracy I: 378 s, como se citó en Luis, 2010, p.51).

El concepto de ideología de De Tracy conduce al conocimiento necesario de las realidades políticas y sociales propias de un orden social, en el cual la relación entre el signo y la idea adquiere sentido. Este concepto no suscitó mayores debates en cuanto a la reflexión política acerca del Estado, ya que la discusión se relacionó con lo científico o sociológico, en cuanto a la necesidad de mantener una actitud crítica de las cosas, para la búsqueda de lo real; y, en este proceso, el cuestionamiento de los métodos e instrumentos de la ciencia era necesario.

El estudio de las ideas y representaciones sociales cobra especial interés en la sociedad moderna, producto de la incertidumbre sobre lo verdadero y lo real que deja la disolución de la sociedad estamental de la Edad Media y el pensamiento escolástico.[1]

En este contexto, Auguste Comte (1798–1857), quien introdujo el término sociología para reemplazar el de física social (Comte, 2012), siguiendo el modelo de las ciencias de la naturaleza, propone la finalización de la subjetividad y la imaginación, a cambio de la observación como método de las ciencias sociales, al igual que lo fue para las ciencias naturales. Esto significa que el estudio de las ideas, anteriormente abordado desde el lenguaje y los pensamientos propios del individuo, adquiría un ingrediente social epistemológico consistente en relacionar las ideas bajo la observación de los hechos sociales.

En este primer momento, el estudio de la ideología se inspira en esta comprensión comtiana de las ciencias sociales, que parte del análisis de las condiciones estructurales de un orden social. En palabras de Lenk (1974), "la polémica de Comte se inspira en una tendencia anti subjetivista, que denuncia de antemano como especulación arbitraria el ejercicio de la imaginación. Cualquier

[1] René Descartes haría un análisis más pragmático sobre la búsqueda de lo verdadero en su *Discurso del método* sobre la posición de liberar el pensamiento humano de cualquier fuente de error que lo nublara de claridad y certeza. El autor desarrolló cuatro enunciados referidos al tema: "Fue el primero, no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mí espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda. El segundo, dividir cada una de las dificultades, que examinare, en cuantas partes fuere posible y en cuantas requiriese su mejor solución. El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más compuestos, e incluso suponiendo un orden entre los que no se preceden naturalmente. Y el último, hacer en todo unos recuentos tan integrales y unas revisiones tan generales, que llegase a estar seguro de no omitir nada" (Descartes, 2007, p.26).

operación conceptual que no se revele útil para las observaciones empíricas debe ser proscrita de la ciencia positiva" (p. 34).

Para mediados del siglo XIX, las preocupaciones en torno al estudio de las ideas se dirigieron hacia la necesidad de la observación de fenómenos sociales cambiantes, guiado por los métodos de las ciencias sociales, evitando ideas distorsionadas de la realidad, con la pretensión de superar prejuicios metafísicos y religiosos. Precisamente, la discusión y el uso del concepto de ideología no fue ajena a este contexto histórico, presentando posiciones que van desde quienes la entienden como un conjunto de ideas analizadas en el marco de las relaciones sociales, a posiciones que la utilizan de manera peyorativa entendiendo por ideología una serie de ideas prejuiciosas que perturban la ciencia. Esta sutil, pero a la vez, profunda diferenciación del concepto, que será el punto de debate entre diferentes autores desde la modernidad hasta nuestros días, se encuentra desde sus orígenes en la obra de Bacon. Tal como señala Larraín (2007):

> En cierto sentido, el dilema que ha rodeado la construcción del concepto ha sido ya implícitamente planteado en la obra de Bacon: ¿debería la ideología concebirse fundamentalmente como un fenómeno enraizado en las relaciones sociales de los seres humanos y por lo tanto como históricamente cambiante en relación con su práctica material; o debería más bien ser entendida como un fenómeno derivado de la presencia universal de elementos irracionales y emotivos, inherentes a la naturaleza humana, que de modo recurrente asedian y perturban la ciencia? (p.16).

Por otra parte, ese giro que podemos observar en la filosofía respecto a una inicial comprensión de la ideología en términos individuales propia del racionalismo (Bacon), pasando por la necesidad de observar las ideas de los individuos bajo los métodos de la filosofía positiva (Comte), hasta la

reivindicación del hombre en sociedad, a través del análisis de las ideas en el contexto de las relaciones sociales (como veremos a renglón seguido con Marx), también fue permeado por el contexto político y social de 1848. Este periodo conocido como *La primavera de los pueblos*, se caracterizó por una serie de revueltas sociales que buscaban romper con la situación de pauperismo rural y urbano de la época.

Karl Marx (1818-1883) le asignará un sentido despectivo al concepto de ideología, refiriéndose a esta como el conjunto de ideas proyectadas por un determinado grupo social (la burguesía), que impone una imagen distorsionada de la realidad. Esto lo podemos observar en el texto *La ideología alemana*, (Marx y Engels, 1975) donde se parte del análisis de la situación social y política alemana:

> Hasta ahora, los hombres se han formado siempre ideas falsas acerca de sí mismo, acerca de lo que son o debieran ser. Han ajustado sus relaciones a sus ideas acerca de Dios, del hombre normal, etc. Los frutos de su cabeza han acabado por imponerse a su cabeza. Ellos, los creadores, se han rendido ante sus criaturas. Liberémoslos de los fantasmas cerebrales, de las ideas, de los dogmas, de los seres imaginarios bajo cuyo yugo degeneran. (p.11).

Marx y Engels parten de la descripción de las condiciones económicas, de la forma cómo efectivamente se produce la historia y la toma de conciencia en Alemania, a partir de una preocupación por analizar al hombre en sociedad y no a las ideas como productos individuales; además sus preocupaciones muestran un interés por revisar la historia y los elementos culturales propios de la sociedad alemana, evidenciando la existencia de un "poder extraño" por fuera de los

hechos concretos de las actividades de los hombres. Sin embargo, a lo largo del texto *La ideología alemana,* los autores no nos brindan una definición precisa de ideología.

Según Orozco y Molinares (2019) para Marx la ideología se trata de:

> Representaciones ilusorias, apariencias opuestas a la realidad, que tienen la pretensión de presentarse como totalidad, pero, al provenir de invenciones de la clase burguesa, son parciales y fragmentarias. Para explicar la ideología, Marx recurre a una serie de metáforas físicas y fisiológicas, de las que se destacan dos en particular: la metáfora de la cámara oscura de las primeras máquinas de fotografías y la metáfora de la retina en el funcionamiento del ojo humano. En ambos casos, lo que observamos es producto de una imagen invertida. Por tanto, lo que Marx quiere insinuar con su concepto de *ideología* no es otra cosa que la de un reflejo invertido y deformado de lo real. Sin embrago, no se trata simplemente de una mentira o de una ilusión, ya que la ideología proporciona el lenguaje de la vida real y es fundamental en la objetivación de la realidad social. Se trata más bien, de una falsa conciencia opuesta a una comprensión real del objeto. (Orozco y Molinares, 2019, p. 13).

Aunque no se desarrolla en Marx una teoría de la ideología, su aporte radica, como lo señala Mejía Quintana (2017) en la "presentación en sociedad" de la problemática de la ideología tal como se asume hoy día, es así que, desde los estudios de la ideología alemana, Marx considera la ideología no sólo como una forma de alienación de la conciencia sino también un derivado de la alienación económica.

En la visión marxiana, la ideología es asumida desde dos perspectivas diferentes pero complementarias, según señala Mejía Quintana (2017) así:

> La primera, como el conjunto de manifestaciones espirituales del hombre, que abarcan la moral, la religión, la filosofía, etc., las cuales, si bien corresponden a una realidad determinada, poseen la ilusión de su propia sustantividad. Marx en su afán de definir sus características concluirá afirmando "(…) en toda ideología, los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en la cámara oscura (…)".
>
> La segunda perspectiva es que la ideología es ese conjunto de manifestaciones espirituales con las que el hombre representa sus condiciones reales de existencia de una manera ilusoria, engañosa, invertida, y las cuales, por el mismo carácter de alienación, se expresan divorciadas de este, enajenadas, extrañas de su existencia y dotadas además de vida propia, independientes, antagónicas y hostiles a su mismo creador. (p.137).

Estas perspectivas serán desarrolladas por la tradición marxista en la que sus precursores cuestionarán el estatus y la dimensión ideológica del derecho, mostrando el derecho como un instrumento de dominación al servicio de la burguesía en cuanto a su estrecha relación con la economía capitalista. Esta tradición marxista será retomada en los Estudios Críticos del Derecho en sus diferentes vertientes, las cuales serán mencionadas en el presente estudio (v. más abajo p.21).

Por otra parte, Ricoeur (1989) señala que este concepto de ideología en Marx no hace referencia simplemente a una idea o pensamiento, sino que se trata de un acto de lenguaje que permite

fundamentar estructuras reales en sociedad; por tanto, para el caso alemán al que hace referencia Marx, es una *ideología* impuesta por la clase gobernante con unos intereses de dominación:

> El concepto de la clase gobernante es el puntual inmediato de una teoría de la ideología. De manera que desenmascarar una ideología es descubrir y poner de manifiesto la estructura de poder que está detrás de ella. Lo que está detrás de una ideología es, no un individuo, sino una estructura de la sociedad. (Ricoeur, 1989, p. 127).

Con el propósito de evidenciar esa falsa conciencia surgida en la sociedad alemana, a causa de la ideología imperante en su estructura de poder, los autores procuran reivindicar la historiografía; y, de esta manera, sobreponer la realidad alemana al idealismo. Así Marx y Engels criticarán con determinación los discursos metafísicos de los llamados neo hegelianos. (Feuerbach, Bauer, Ruge, Stirner) afirmando que:

> Los más jóvenes entre ellos han descubierto la expresión adecuada para designar su actividad cuando afirman que solo luchan contra «frases». Pero se olvidan de añadir que a estas frases por ellos combatidas no saben oponer más que otras frases y que, al combatir solamente las frases de este mundo, no combaten en modo alguno el mundo real existente. Los únicos resultados a que podía llegar esta crítica filosófica fueron algunos esclarecimientos histórico-religiosos, harto unilaterales por lo demás, sobre el cristianismo; todas sus demás afirmaciones se reducen a otras tantas maneras más de adornar su pretensión de entregarnos, con estos esclarecimientos insignificantes, descubrimientos de alcance histórico-mundial. (Marx & Engels, 1975, p.19).

En este sentido, el estudio de la historia para Marx y Engels es fundamental desde la concepción de una historia real o material, en la que se exponga el proceso real de producción en el desarrollo de las relaciones sociales, contrario a la concepción idealista en la que se explica la praxis a partir de la idea:

> No se trata de buscar una categoría en cada período, como hace la concepción idealista de la historia, sino de mantenerse siempre sobre el terreno histórico real, de no explicar la práctica partiendo de la idea, de explicar las formaciones ideológicas sobre la base de la práctica material, por donde se llega, consecuentemente, al resultado de que todas las formas y todos los productos de la conciencia no brotan por obra de la crítica espiritual, mediante la reducción a la "autoconciencia" o la transformación en "fantasmas", "espectros", "visiones", etc., sino que sólo pueden disolverse por el derrocamiento práctico de las relaciones sociales reales, de que emanan estas quimeras idealistas; de que la fuerza propulsora de la historia, incluso la de la religión, la filosofía, y toda otra teoría, no es la crítica, sino la revolución. (Marx & Engels, 1975, p.40).

Se trata, en últimas, del intento decimonónico de contraponer al idealismo alemán el materialismo histórico. Esta crítica materialista insistirá en las condiciones *materiales* de existencia, en las condiciones en las que efectivamente vienen dadas las relaciones sociales. De esta forma, el materialismo contribuye al creciente interés por entender el fenómeno de lo ideológico, a partir de las condiciones materiales en las que se dan las relaciones sociales.

Pero este rechazo materialista de lo ideológico, preocupado por reivindicar las relaciones reales entre los individuos, en el marco de la sociedad, no será unánime en el campo de la sociología, en la que como disciplina científica, surgirán intereses por el estudio de las ideas entendidas como

hechos sociales. En uno de los discursos incluidos en su obra *Soziologie und Philosophie* (1967*)*, Èmile Durkheim (1858-1917) presenta la ciencia social como una ciencia fundada en hechos, pero no en términos de esencia; sino, evidenciando una conexión entre los juicios de la realidad (empíricos) y los juicios de valor. Por ejemplo, afirma que, aunque los hombres no son iguales físicamente, se sublima esa realidad al punto de reconocerles un valor moral igual a todos. Según Durkheim,

> Si es verdad que el valor de las cosas es apreciado y solo puede serlo en relación con ciertos conceptos ideales, estos requieren explicación. Para conocer cómo son los juicios de valor, no basta postular un número determinado de ideales; es preciso dar cuenta de ellos, mostrar de dónde provienen y cómo se ligan con la experiencia, aunque sobrepasándola, y en qué reside su objetividad. (Durkheim 1967, como se citó en Lenk ,1974, p. 175).

Durkheim se preocupa por proponer un método sociológico que permita el estudio sistemático de los fenómenos sociales, entendiéndolos como hechos sociales, a partir de lo que denomina el método sociológico:

> Es hecho social todo modo de hacer, fijo o no, que puede ejercer una coerción exterior sobre el individuo; o, también, que es general en todo el ámbito de una sociedad dada y que, al mismo tiempo, tiene una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales. (Durkheim, 2004, p. 68).

En la primera mitad del siglo XX, Karl Mannheim (1893-1947) reabre el debate sobre el concepto de ideología desde su *sociología del conocimiento*, señalando que tanto las utopías como las

ideologías se caracterizan por una incongruencia y falta de correspondencia respecto a la realidad; mientras las utopías tienen un carácter explosivo que empuja a la realización de algo que todavía no existe, las ideologías carecen de un efecto transformador, ejercen influencia en el actuar de los hombres, pero su función es más que todo ocultar. Tal como indica Ricoeur (1989), a pesar de que Mannheim sea el primero en situar la ideología y la utopía en un marco conceptual común, su análisis perpetúa la circularidad propia de una concepción de la ideología entendida como lo incongruente respecto a la realidad. Es decir, si aceptamos que toda perspectiva es ideológica, la misma crítica ideológica termina convirtiéndose en ideología; y, en este sentido, la oposición entre ideología y ciencia desaparece. Según Ricoeur, esta circularidad de la ideología constituye la paradoja de Mannheim.

Para Mannheim, el estudio de la ideología se encuentra asociado al estudio de lo real, todas aquellas ideas que no encajan en el orden corriente y concreto son irreales o *trascendentes a la situación.* En relación a este concepto, Mannheim define la ideología como todas aquellas ideas que trascienden a lo real:

> Las ideologías son las ideas que trascienden la situación y que nunca lograron, de hecho, realizar su contenido virtual. Aunque a menudo se convierte en los motivos bien intencionados de la conducta del individuo, cuando se las aplica en la práctica, se suele deformar su sentido. La idea cristiana del amor fraternal, por ejemplo, sigue siendo, en una sociedad basada sobre la servidumbre, una idea irrealizable, y, en ese sentido, ideológica, aun cuando se reconozca que puede actuar como motivo en la conducta del individuo. Vivir en forma coherente, a la luz del cristianismo amor al prójimo, en una sociedad que no esté organizada según el mismo principio, resulta imposible. El individuo, en su conducta personal, se ve siempre obligado – en cuanto no se

> propone transformar el orden social vigente- a renunciar a sus más nobles principios. (Mannheim, 2010, p.339).

Mannheim acepta que la ideología puede tratarse de una mentalidad bien intencionada pero que trasciende la situación, o puede también alcanzar un nivel de mentira consciente; es decir, para Mannheim la ideología no siempre es una mentira o un ocultamiento que se utiliza para dominar a la clase proletaria, así como las utopías no pueden ser en exclusiva una herramienta de transformación de la clase obrera (o de una única clase), esta es su distinción con el pensamiento de Marx.

En este punto, cabe mencionar que el pensamiento de Marx respecto a la ideología será estudiado nuevamente a mediados de los setenta desde los Estudios Críticos del Derecho, que parten, en términos de Mejía Quintana (2016), desde dos tradiciones de sospecha sobre lo jurídico.

La primera tradición muestra el derecho como un instrumento de dominación al servicio de la élite burguesa, a partir de su estrecha relación con la estructura económica capitalista. En esta primera tradición se destacan Marx, Lenin, Gramsci y Pashukanis. De este último se señala:

> Pashukanis muestra así el derecho como una expresión ideológica de la superestructura, donde las categorías jurídicas no son sino la manifestación de las económicas, que las sustentan y les dan razón: la economía es la capa primaria del derecho y la lógica de los conceptos jurídicos no es sino el reflejo de la de las relaciones económicas. (Mejía Quintana, 2017, p.135).

La segunda tradición, la tradición estructuralista, concibe el derecho como un instrumento de disciplinación y panoptización social. En esta vertiente se destacan Foucault, Lyotard y Derrida. Derrida señala respecto a esta desconstrucción crítica lo siguiente:

> La desconstrucción de la noción de derecho se hace siempre en nombre de una cierta exigencia de justicia que no se confunde con el derecho, sino que, más bien, marca la inadecuación de ese concepto consigo mismo. Cuando se tiene la experiencia de que los derechos universales del hombre no son lo que deberían ser y cuando se reclama por extenderlos (a trabajadores, mujeres, niños, etc.) ese reclamo se hace en nombre de una justicia que no es algo desconstruible. (Derrida, 1997, p.7).

A partir de estas dos tradiciones de sospecha de lo jurídico, según Mejía Quintana (2016, p.124), surgen dos vertientes críticas del derecho. La primera vertiente de mediados de los setenta que se consolida en tres ramificaciones cuestionadoras del derecho contemporáneas: 1. La vertiente italiana (Uso Alternativo del Diritto – Garantismo) y el constitucionalismo radical; 2. La vertiente francesa (movimiento Critique du Droit); y, finalmente, 3. La vertiente norteamericana (Critical Legal Studies). Una segunda vertiente viene representada en el marxismo y, sobre todo, en el neo marxismo (Escuela de Frankfurt).

Estas teorías suponen la relación estructural entre derecho - política, dentro de lo cual resulta importante el caso de los Critical Legal Studies que, con Duncan Kennedy, a través de la crítica a la adjudicación constitucional, ponen de manifiesto la influencia de la ideología en la adjudicación; y la forma en que el juez justifica la validez de la decisión y la legitimidad de la misma intentando ocultar, desde su rol, la concepción ideológica particularmente política de sus decisiones.

Ahora bien, una visión antropológica de ideología que la comprende como aquellas ideas asociadas a la cultura, será la de Clifford Geertz (1926-2006), quién fundamentará el concepto de ideología desde la cultura. Para Geertz, tanto la ciencia como la ideología son estructuras simbólicas, sistemas culturales, que se diferencian entre sí por la clase de estrategias simbólicas que abarcan las situaciones que ellas representan. La ideología, según Geertz (2003), "nombra la estructura de las situaciones de manera tal que la actitud asumida frente a ellas es una actitud de participación (…) la ideología trata de motivar acción" (p. 200). La ideología no se queda en la mera descripción de lo científico, sino que justifica y critica los sistemas de creencias; en tal sentido, el ideólogo debe conocer de la estructura social, impregnarse de ella, y no aislarse o simplemente observar objetivamente.

Este concepto cultural de lo ideológico, requiere una acción de interpretación constante de las expresiones sociales. Para Geertz (2003) la ideología no describe, sino que justifica y critica estilos y creencias, por ello debe estar inmersa de manera permanente en el contexto social y no simplemente observar los fenómenos sociales de forma objetiva; y, en este sentido, entiende que la ideología es un llamado a la acción desde y hacia la cultura. En esta definición antropológica de ideología, el hombre aparece inserto en tramas de significados, en estructuras simbólicas, que pueden ser interpretadas y explicadas como expresiones sociales.

> Mientras la ciencia es el diagnóstico, la dimensión crítica de la cultura, la ideología es la dimensión justificativa, apologética, pues se refiere a esa parte de la cultura activamente interesada en establecer y defender estructuras de creencia y de valor. Claro está, hay una tendencia natural a que ambas choquen, especialmente cuando están dirigidas a interpretar la misma gama de situaciones;

> pero que el choque sea inevitable y que las conclusiones de la ciencia (social) necesariamente minen la validez de las creencias y valores que la ideología decidió defender y propagar parecen suposiciones sumamente dudosas. (Geertz, 2003, p. 201).

La cultura no es una entidad a la que de forma casual se le atribuyen acontecimientos sociales, sino el contexto dentro del cual pueden describirse todos esos fenómenos de manera inteligible. En este análisis, Geertz (2003) se ocupa también de las interpretaciones culturales de la política, lo que resulta pertinente enunciar en este capítulo de la investigación. Según Geertz, las interpretaciones culturales de la política pueden sobrevivir en un sentido intelectual, pero no por engaños, o coherencia interna en el discurso o retórica; sino, más bien, por su fundamentación ideológica, mientras estén bien ancladas cualquier actuación social las reforzará, ya que una persona puede no estar de acuerdo con una posición política de un gobierno, pero no podrá desconocer estar familiarizado con el contexto en el cual actúa.

En resumen, aproximarnos al concepto de lo que es la ideología, implica recorrer un camino histórico en el que los mismos contextos sociales han determinado el tipo de pensamiento para su conceptualización, a saber:

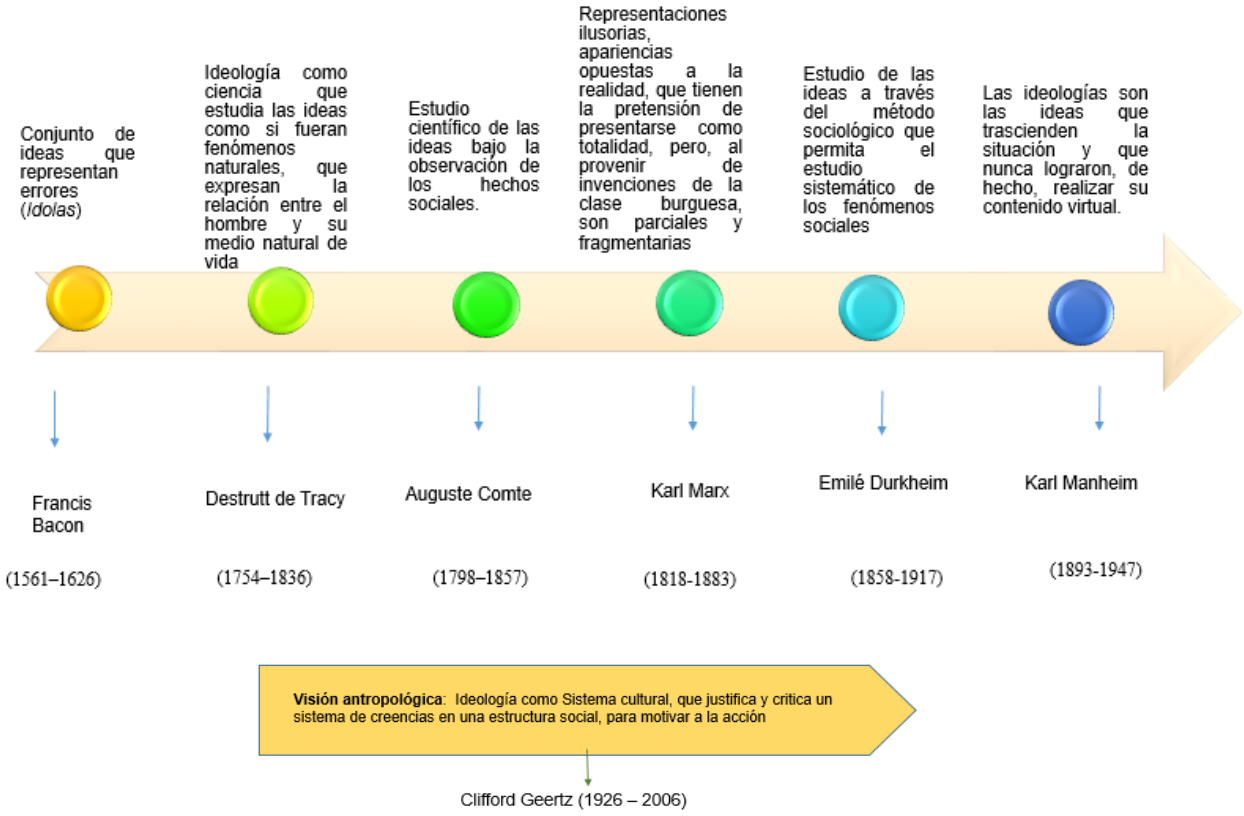

Imagen 1. Diferentes conceptualizaciones del término de ideología. Fuente: Propia

Como se observa, la pretensión por resumir lo ideológico a un tipo de saber científico es entendible en el contexto de la modernidad, intentar descubrir lo verdadero desde la observación objetiva e indicar la falsedad en los estudios de los fenómenos sociales, por carecer de esa objetividad. Sin embargo, con la redefinición de los hechos sociales, y el avance en el estudio de la interacción social a través de elementos etnográficos, antropológicos y políticos, se asociará lo ideológico a una estructura cultural que estudia y motiva la acción acorde al contexto social.

Esta última visión comprensiva de lo ideológico propuesta por Geertz, en la que se asocian los elementos de la cultura de manera tal que motiven a la acción, no desde un discurso aislado con pretensiones de objetividad sino, por el contrario, determinado por un contexto social y cultural,

es la visión de ideología propuesta para determinar las fundamentaciones ideológicas de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda guerra mundial, si son sus propuestas discursivas elementos acordes a los contextos sociales y culturales en los que pretenden insertarse, o si por el contrario son propuestas retóricas que poco tienen que ver con los principios y valores de los Estados y su desarrollo en sociedad y se utilizan como discursos de legitimación de poder alejados de la realidad.

En cualquier caso, el análisis del concepto de ideología nos ha llevado a observar su función de deformación de la realidad, en la que la ciencia se opone a lo ideológico, advirtiendo la incongruencia de la idea frente a la realidad. Sin embargo, el análisis implica a su vez una serie de preocupaciones en torno a su función de legitimación del poder.

1.2 La importancia de una base ideológica en el contexto de la legitimación del poder.

En todas las sociedades organizadas es necesario procurar a través de diferentes razones la legitimación de las decisiones de quien gobierna. En las sociedades primitivas, que están todavía en el primer estadio de su constitución, el valor militar es el medio de legitimación, al respecto señala Mosca (2004)

> El valor militar es la cualidad que permite más fácilmente el acceso a la clase política o dirigente. Generalmente, se suele atribuir el dominio de una clase guerrera sobre una multitud pacífica a la supremacía de las razas, a la conquista de un pueblo relativamente débil por otro belicoso (p.25).

Este poder político no es exclusivo a la clase política (pensemos en un grupo económico que tenga injerencia en la política) sino que, el grupo o persona que lo ostente tiene consecuencias políticas intencionadas. Se trata de un poder que establece patrones positivos de actuación para los cuerpos, de forma que puedan ser encuadrados en una norma (Marcelo, 2012, p.146), la base ideológica del poder político le dota de legitimidad, condición necesaria para ser proyectado desde el campo del derecho

La noción de ideología se encuentra en el filo del contraste entre derecho y política, es el hilo conductor que los vuelve inseparable, así Bobbio (1985) señalará que el poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder queda vacío (p.23), se trata de conducir el poder político en una actuación orientada desde el derecho y este derecho a su vez debe tener un sustento ideológico. El mismo autor señala que solo la justificación, cualquiera que esta sea, hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica.

El problema de la legitimación del poder político, surge con el problema de la soberanía. La definición de las características del poder soberano de Jean Bodin y el desarrollo que de este concepto presenta Jellinek en su obra Teoría General del Estado (2008), son fundamentales para la comprensión del concepto de Estado de la modernidad, en el que se debate acerca de cuál es la legitimación del poder soberano, y en qué elemento o noción está sustentada la soberanía. Para llegar al problema de la legitimación del poder político que surge en el Estado moderno, es preciso mostrar las diferentes acepciones de la palabra Estado, para comprender al tipo de Estado de la modernidad al que se hace referencia, al respecto, Jellinek (2008) señala

> Si se entiende por Estado la comunidad política de los pueblos modernos, entonces es indudable que existe un derecho anterior a aquél. Pero si se concibe el Estado dinámicamente y se le define como la más alta asociación autoritaria que una época conoce, entonces la respuesta ha de ser distinta (p.344).

Es decir, aun cuando el concepto de Estado es un concepto construido en la modernidad, son distintos los autores los que reconocen el uso de este concepto para referirse a sociedades organizadas políticamente que incluso pueden ser anteriores a la modernidad.

Sobre el sentido más general del Estado, Marquardt (2014) presenta un estudio de la historia mundial del Estado en el cual reconoce como Estado desde los reinos dinásticos en el tercer milenio A.C. hasta el Estado de nuestros días. En este sentido Duguit (2005) también había advertido la noción general del término, refiriéndose al Estado como toda sociedad humana en que existe una diferencia política, una diferencia entre gobernantes y gobernados, no obstante, aclara que la palabra en sentido más específico se ha reservado para designar las sociedades en que la diferenciación política ha alcanzado cierto grado de desarrollo.

> En toda sociedad en que existe diferenciación entre gobernantes y gobernados, hay individuos que parecen mandar en otros individuos bajo la sanción de la compulsión material. En este instante mismo, el espíritu humano, en cuanto comenzó a reflexionar sobre las cosas sociales, se planteó esta cuestión: el poder de mandar, bajo la sanción de la compulsión o constreñimiento que lo gobernantes ejercen ¿es legítimo? ¿se le debe

> obediencia? Si es legítimo y se le debe obediencia ¿por qué es así? Esto es ¿cuál es la razón de su legitimidad y de la obediencia que se le debe? (Duguit,2005, p.13).

Ya sea que la legitimidad del poder político tenga su fundamento en la doctrina teocrática o democrática dependiendo de la historia de las teorías del Estado; lo importante para el desarrollo del aparato estatal, es lograr en esa relación jurídica, mantener la gobernabilidad a través de sus instituciones, procurar la permanencia de la relación asimétrica entre gobernante y gobernados de la que trata Duguit; la cual puede sustentarse en la fuerza militar como ocurre con las dictaduras, o puede fundamentarse en el convencimiento a través del derecho. En este caso, en coherencia con los Estados Constitucionales, consideramos que, para esta investigación, no se puede tratar de cualquier derecho expresado en razones lingüísticas formales, sino un derecho basado en un paradigma jurídico-político que provenga de un consenso normativo participativo, tal como lo propone Mejía Quintana (1998) al referirse a la forma de re-legitimar el poder en los modelos políticos contemporáneos.

En los Estados Constitucionales, esta legitimidad se encuadra en los principios y valores emanados de la constitución, y en la labor interpretativa de los Tribunales Constitucionales conforme a los principios y formas pre constituidas en su jurisprudencia. Así la legitimidad del poder político debe estar fundamentada en los valores y principios del contexto social sobre los cuales la sociedad concibe ser gobernada. El principio de supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, adquieren gran importancia como mediador entre el texto escrito y los elementos culturales de la sociedad, es en este aspecto en donde el concepto de ideología desde un sistema cultural adquiere sentido.

En el Estado colombiano, un Estado constitucional, liberal y democrático; la interpretación constitucional ha sido de gran importancia, a tal punto que, en ocasiones ha determinado órdenes administrativas para garantizar los derechos individuales conforme a los principios y los valores que la sociedad colombiana ha consensuado en la carta de 1991. La interpretación constitucional no debe responder a populismos políticos, sino que debe obedecer a la filosofía de la carta política en el marco del contexto social actual.[2]

Tener claridad sobre la fundamentación ideológica de las decisiones constitucionales, y la forma en que los valores y principios desde su contenido abstracto son comprendidos en el Estado Colombiano, y llevados a un escenario práctico de la aprehensión de la realidad, es primordial en el ejercicio actual de los Estados Constitucionales. Pensar la interpretación en clave de un sistema cultural y político, permite la garantía de la seguridad jurídica en el ejercicio profesional de la abogacía, y a su vez, el ejercicio adecuado del control constitucional y político de acciones que pareciendo legitimas desde el ejercicio discursivo de las razones, son insuficientes y distorsionadoras de la demanda real de los ciudadanos y de la fundamentación ideológica de los Estados. Un ejemplo de esta situación lo vivimos en Colombia en la interpretación formal del silogismo lógico presentado en la Sentencia C-1040 de 2005 en la que se declaró exequible el acto legislativo 02 de 2004 mediante el cual se reformaban unos artículos de la constitución política, permitiendo la reelección presidencial en Colombia, y que luego en el 2010 se haría una interpretación formal y material en la que se daría protagonismo a la ideología de la carta

[2] Un ejemplo de la corrección normativa al contexto social realizado por la Corte Constitucional, puede leerse en la sentencia C-052 de 2018 acerca del control constitucional de normas preconstitucionales.

constitucional dando una mayor comprensión al principio fundamental de democracia participativa, evitando así un tercer periodo de reelección inmediata a través del fallo de la sentencia C-141 de 2010; situación que como todos conocen finalmente fue dirimida en el congreso.

En este sentido, el problema de legitimación del poder político (o poder soberano) debe comprenderse desde el derecho en las sociedades organizadas, por lo que, deberemos aproximarnos también al estudio de la relación entre el derecho y el poder político. La relación entre derecho y poder, pude estudiarse desde la noción de las normas jurídicas como reflejo de las decisiones de los que detentan el poder. Según señala Bix (2008) este argumento ha sido estudiado en distintas teorías del derecho, en las expuestas por Hobbes, Austin, Raz, Posner; quienes están de acuerdo en que el poder resulta esencial a la naturaleza del derecho, o algunos añadirán, esencial a la naturaleza del derecho en una sociedad democrática en la cual alguna persona o grupo de personas *escoja* las pautas que se aplicarán a la comunidad. (p. 99).

En todas las sociedades organizadas es necesario procurar en diferentes argumentos la legitimación de las decisiones de quien gobierna, de quien detenta el poder político. El poder es la producción de resultados intencionados o quizá la capacidad de producir dichos resultados, en esta definición son esenciales los aspectos causales e intencionales, el motivo por el que el aspecto causal es esencial está bien resaltado por Goldman citado por Elster (2006)

> decir que S es poderoso no es decir que usualmente obtiene lo que de hecho quiere, sino que podría obtener cualquier cosa que quisiera sin importar lo que fuera. Sin la última cláusula de esta

> definición, tendríamos que adscribirle poder extremo al camaleón, es decir, a la persona que siempre cambia sus preferencias para estar del lado del ganador. (p.82).

En el estudio de esta relación entre derecho - poder político, encontramos que en las sociedades preestatales, en las cuales, el sistema patriarcal formaba la clase política, la organización política venía del *pater familia*, y, en ocasiones, la autoridad política podía confundirse con la autoridad religiosa. En estas sociedades la pregunta por la divinidad (origen de la vida y el paso a la muerte) era rasgo cultural característico y la necesidad de un ejército fuerte que defendiera las decisiones políticas era indispensable, por lo tanto, la legitimación del poder político se confundía entre el argumento religioso y el parentesco.

Con el cristianismo se presentó una nueva visión del mundo, al respecto señala Porrúa (2011)

> Las palabras divinas contenidas en el Evangelio de San Mateo: "*Dad al César, lo que es del César, y a Dios, lo que es de Dios"* indicaron la presencia de las dos esferas sociales con distinto ámbito de validez: la iglesia y la sociedad política. Esas esferas fueron señaladas también implícitamente en un texto del evangelio de San Lucas (29,38), punto de partida de la célebre teoría de las dos espadas que habría de ser motivo de polémicas e interpretaciones opuestas durante la edad media. (p. 70).

En la sociedad estamental de la Edad Media, influye siempre la idea de la unidad política, la evocación a la imagen del Imperio Romano unido, centralizado y victorioso; alguna etapa de la Edad Media se caracterizó por un conjunto de asociaciones de pueblos sin cohesión y en algunas ocasiones sin territorio fijo, la falta de centralización del intento del Imperio Germano y del

Carolingio evidenciaron que las figuras de los principados y condados, aunque mostraban un intento por administrar en la realidad no había ese elemento psicológico de cohesión en la población. El Estado (en su sentido más general) de la Edad Media según señala Jellinek (2012, p. 310) es dualista (el derecho del rey y el derecho de los pueblos), dicha dualidad sólo logró intentar superarse mediante la Iglesia; el cristianismo ofreció a estos Estados el ejemplo vivo de una asociación unitaria que no admite división ni oposición, el argumento de la fe es poderoso, radical y excluyente, y constituyó una característica esencial que encajaba perfectamente con el modelo económico de la época, estas cualidades permiten la comprensión del tipo de organización política y de la forma como el argumento religioso legitimaba las decisiones políticas.

El Estado, en su sentido más estricto, nace en la modernidad y en la pregunta por la soberanía, con el triunfo de la reforma en Europa (en sus distintas manifestaciones – protestantismo, calvinismo y el caso inglés) y la búsqueda racional del origen del Estado y del estudio de la soberanía. En este momento histórico se define el Estado como una unidad racional que no puede ser limitada por ninguna otra voluntad.

Desde la noción de Estado de la modernidad, surge la inquietud por la legitimidad del poder político y soberano desde el argumento racional moderno. Entre las líneas constitucionales más destacadas, para estudiar esta inquietud, se encuentran los estudios del derecho constitucional desde una visión sociológica del derecho. Duverger (1978) señala que esta legitimidad es una imagen colectiva social y esta cualidad se presenta cuando el poder está acorde a esta representación social.

La legitimidad como cualidad del poder político, se produce en las relaciones de poder al interior de la sociedad, en esta relación los elementos económicos, políticos y culturales interactúan constantemente como haciendo parte del sistema social. Esta representación o imagen colectiva de la sociedad es ideología, al respecto Dijk (1998) señala que son los actores sociales y los grupos son los que desarrollan y usan las ideologías, esta posición también ha sido estudiada por Márquez (2017) quien señala "las ideologías no sólo condicionan la realidad en las que se proyectan, sino que también trascienden las realidades a las que condicionan" (p.125).

En este contexto, la ideología asociada a los elementos de una cultura y la forma en lo que los mismos se desarrollan, en las relaciones de poder que surgen en la sociedad, es indispensable como legitimador del poder político. Que el poder político tenga un soporte ideológico, permite la validación y permanencia de la relación gobernantes y gobernados, y a su vez, permite la autocorrección del sistema normativo mediante el cual el poder político actúa, a través de los elementos del sistema social; ello es, la permanencia del sistema jurídico en el sistema social.

Dentro de los estudios de la relación entre legitimidad y poder político desde los elementos sociales podemos destacar las reflexiones de Max Weber (1864-1920), desde sus ensayos en el texto *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo* cuya primera edición es de 1905, y su obra póstuma en la que se enfatiza su pensamiento histórico y denominado también sociológico, que lleva por título *Economía y sociedad* que data de 1922.

En el texto *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo* Weber, da apertura a sus reflexiones con la siguiente frase "Los intereses materiales e ideales, y no las ideas, dominan directamente la

acción de los hombres. Pero muy a menudo las "imágenes del mundo" (*weltbilder),* creadas por las "ideas", han determinado como guardagujas (*Weichensteller)* los rieles sobre los que la acción viene impulsada por la dinámica de los intereses" (2011, p.7). a través de esta frase, observamos el valor de los intereses materiales en la motivación de la acción, esta materialidad se expresa en las dinámicas sociales que involucran la reflexión de la economía, del derecho y de los contextos históricos y culturales de la sociedad. Por esta razón, los estudios de sociología de Max Weber indican una relación estrecha entre economía, derecho y sociedad. En lo que respecta a la economía, Weber presenta un estudio minucioso y comparativo de la sociedad norteamericana y de la sociedad europea occidental, guiado por el interés de comprender el nacimiento y desarrollo del capitalismo.

Weber no sitúa el modelo capitalista en la modernidad sino a finales de la edad media, indicando en qué consiste la esencia de este modelo económico o también podría decirse el espíritu del capitalismo. El estudio sobre el capitalismo, se realiza desde un punto de vista histórico, que aborda la situación alemana y se extiende en sus dimensiones a las comparaciones de los modelos económicos a nivel global. Es interesante en su estudio teológico, cómo este modelo económico es asociado a la ética protestante, la forma en la que Weber presenta el cristianismo como determinante en el desarrollo económico de las sociedades; ello al erradicar la magia como fuente de la economía y el cuestionamiento al dios Baal o de la agricultura, lo que permite el cambio en los modelos de producción y en la concepción de la riqueza de las naciones, en general no se trata de la religión como factor sino de la racionalización:

> Lo que en definitiva creó el capitalismo fue la empresa duradera y racional, la contabilidad racional, la técnica racional, el derecho racional; a todo esto, había que añadir la ideología racional, la racionalización de la vida, la ética racional en la economía. (Weber, 2011, p. 394).

El espíritu del capitalismo, señala Weber (2011), es una individualidad histórica, esto es porque estamos analizando un fenómeno concreto – capitalismo- en su contexto histórico que, como forma de racionalización económica, se dio sólo en Occidente (Schluchter,2008, p.184) como parte de un proceso más amplio de racionalización cultural. El ideal acético calvinista de la redención del alma, a través de la disciplina metódica y el trabajo individual, fue el espíritu de un sistema económico; o sea, un valor religioso resultó siendo la base de una estructura económica, la base del capitalismo resultó siendo una estructura cultural.

En su obra *Economía y sociedad* Weber (2002), profundiza acerca de esta relación entre el desarrollo económico y la forma en que funciona la sociedad, mediando en su estudio la comprensión racional de las relaciones sociales. Este estudio de la sociedad parte de unos conceptos preliminares para su comprensión, entre los cuales es importante destacar la definición de sociología así:

> Concepto de la sociología y del "significado" en la acción social. Debe entenderse por sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra, empleada con tan diversos significados) : una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de una manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos. Por "acción" debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La "acción social", por tanto, es una acción en donde el sentido

> mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo. (Weber, 2002, p.5).

La sociología es entonces la ciencia que pretende entender la acción social explicando causalmente su desarrollo y efectos, esto implica también el entendimiento racional de las relaciones sociales, y la racionalidad del estado moderno. En este sentido el derecho adquiere un sentido sociológico y no normativista; el derecho se comprende en el desenvolvimiento de estas relaciones sociales, que tienen una fuente cultural que les precede.

Weber presenta una serie de conceptos sociológicos fundamentales, en los que va desarrollando analíticamente sus principales instrumentos metodológicos para la descripción y análisis de fenómenos históricos. De la sociología como ciencia que estudia la acción social, Weber pasa a la idea de la relación social y, finalmente, plantea la idea de la legitimidad de un orden. El derecho o la costumbre, por ejemplo, como órdenes pueden tener varios tipos de legitimidad (tradicional, carismática, legal). En este sentido, Weber entiende por orden un conjunto de máximas y su legitimidad no depende del total cumplimiento de las mismas, sino, más bien, depende de la convicción por parte de los actores o agentes del carácter vinculante u obligatorio de esas máximas.

Ahora bien, a partir de estos conceptos esenciales, al igual que analiza la relación entre el modelo económico y la sociedad, Weber analiza la relación entre el derecho y la sociedad, partiendo de las características del Estado racional moderno. En un estudio realizado por Moreneo (2001) se explica en detalle cómo es el Estado racional moderno que se describe en Weber,

> (…) se basa en un tipo singular de dominación: la dominación legal (fenómeno circular en el que todo derecho puede crearse y modificarse a través de un estatuto sancionado en cuanto a la forma, el derecho es creado y reforzado por el poder estatal, que comporta una juridificación del poder estatal y la consiguiente estabilización de la misma relación de poder. La organización burocrática es para Weber una exigencia del desarrollo de la gran empresa capitalista basada en una organización científica del trabajo y de la disciplina laboral, pero también en una forma de Estado que garantice los presupuestos objetivos y subjetivos del régimen del trabajo formalmente libre. Para Weber el apogeo del capitalismo exige una burocracia administrativa que permita una gestión eficaz del poder en la sociedad contemporánea. (p. 23).

Weber estudia elementos referenciados a las características de este Estado, la búsqueda racional de su origen y el concepto de legitimidad del poder, respecto de la noción de poder en Weber, Bendix (2012) señala

> (…) el poder constituye un aspecto de casi todas las relaciones sociales, el poder puede ser el que surge de la constelación de intereses surgida en un mercado formalmente libre y el poder que deriva de autoridad constituida encargada de asignar el derecho al mando y el deber de la obediencia, existe pues en el poder 4 elementos: 1.un individuo o minoría que domina, 2. Una mayoría o individuos que obedecen, 3. La voluntad de los dominadores de influir en la conducta de los dominados (mandato) 4. La evidencia de la influencia de los dominadores, 5. Testimonio indirecto o directo de esta influencia. La dominación requiere un cuadro administrativo que ejecute los mandatos y viceversa, toda administración requiere dominación en cuanto el poder de mando sobre el personal administrativo (la dominación puede ser legal, tradicional o carismática). (p. 265).

Para Weber esta relación de derecho de mando y deber de obediencia, constituye el estudio de la legitimidad. La idea de legitimidad es asociada a la de dominación, y en este sentido, Weber define la dominación como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado de personas respecto a unos específicos mandatos. (2002, p.170)

Existen diferentes formas de legitimidad expresadas en la dominación. Señala Weber (2002) que en todo tipo de dominación (carismática, tradicional o racional) siempre se persigue una creencia de legitimación, esta pretensión de legitimación es importante en el ejercicio de la administración y de la coacción jurídica.

En la actualidad, la relación economía, religión y derecho, descrita en Weber, puede comprenderse en nuestras prácticas sociales y jurídicas, por ejemplo, los procesos de democracia representativa y participativa usualmente no han obedecido a dinámicas de un grupo de individuos que interactúan en sociedad, sino de un grupo de organizaciones económicas que tienen intereses en esos procesos y que tienen injerencia como un factor económico de poder político. Por otra parte, en cuanto a la religión, en un país como Colombia, tradicionalmente católico, la revisión de valores religiosos o morales (masonería, evangelismo, catolicismo, adventismo, da igual) entretejen comunidades solidas que crean bloques representativo con injerencia en la democracia, ya sea en la consolidación de partidos y movimientos políticos, o desde el fortalecimiento y apoyo de los escenarios discursivos de democracia deliberativa, en el que hasta servidores públicos han

antepuesto su escenario personal religioso, por encima del cumplimiento de los derechos de las personas.[3]

El contexto de legitimación del poder político se encuentra en las relaciones sociales, es en el estudio de la sociedad en donde se originan las causas que explican la motivación de la acción, y los efectos que esta acción genera. Al respecto Weber en sus conceptos sociológicos fundamentales, hace referencia a un tipo de acción específica, la acción social, y la define como aquella que se refiere a la conducta de los otros. Esta mirada crítica de la acción, las relaciones sociales y la legitimación del poder político, es el punto de partida de una visión ideológica asociada a la cultura.

Seguido a esta visión de legitimación del poder desde lo cultural, encontramos que Habermas en su obra *Teoría de la Acción Comunicativa* (obra de 1981) presenta una noción del derecho en relación al concepto de ideología, en la que muestra también una teoría crítica de la sociedad, visión que será profundizada en su obra *Facticidad y Validez* (obra de 1998) en la que señala una concepción sociológica del derecho y el papel de la democracia expresada en las decisiones judiciales. En estos aportes, el autor nos presenta la importancia de las decisiones judiciales para responder a las tensiones que se presentan entre hechos y normas, desde una labor interpretativa sociológica. En este aspecto el autor propone una sociología reconstructiva que reconoce el derecho como colonizador del mundo de la vida; el derecho se presenta como agente cosificador en el proceso de objetivación de la realidad.

[3] Puede revisarse el caso tratado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-214 de 2016, en el que se exhorta al cumplimiento del principio de interpretación de Derecho Viviente en el caso del matrimonio de parejas del mismo sexo.

La propuesta de Habermas se construye inicialmente desde la sociología, pero reconociendo el derecho como un fenómeno cultural. En el contexto de lo cultural la validez del derecho se presenta desde dos puntos de vista, desde una integración interna, sistémica que exige coherencia normativa interna, y al mismo tiempo desde un punto de vista externo en el deber de ser justificada con la integración social.

El modelo habermasiano según lo expone Mejía Quintana (2002), sugiere una estructura de cuatro bases que interactúan necesariamente y sugieren esa validez del derecho a partir de la interacción de la política, la economía, el derecho y la cultura, y que, como validez externa, en función de la integración social, el derecho deberá ser reivindicatorio y no colonizador. La teoría del derecho es así enunciada a partir del principio de argumentación moral mediado por el consenso político-jurídico por el principio democrático, en este contexto las deliberaciones morales se orientan por una pretensión de justicia para todos, en deliberaciones políticas la pretensión es de justicia para nosotros (los que participan de la convergencia política y su método es el de la Regla de la Mayoría); y en las deliberaciones pragmáticas la pretensión es la de justicia para algunos.

Al respecto señala Habermas (2008);

> El discurso jurídico solo es independiente de la moral y la política en el sentido en que también principios morales y objetivos políticos han de ser traducido al lenguaje neutral del derecho y puesto así en conexión con el código que es el derecho. Pero tras esa unitariedad del código se oculta una compleja estructura del sentido de la validez del derecho legítimo, que explica por qué en casos de decisiones importantes se permiten entren en el discurso jurídico, y se incluyan entre

> los argumentos jurídicos, razones de procedencia extralegal, es decir, convicciones de tipo pragmático, ético y moral. (p.277).

En este aspecto Habermas (2008) adoptará el modelo metodológico norteamericano de balanceo que tiene a su vez dos paradigmas: el paradigma liberal que defiende una democracia formal (poca participación de la ciudadanía) y el paradigma republicano que defiende una democracia directa (participación ciudadana), en estos escenarios propone un modelo de democracia deliberativa que se desarrolla en un espacio político público, es todo un armazón comunicacional en donde el protagonista es la sociedad civil y que lleva las discusiones del mundo de la vida a una sede administrativa- jurídica. Los problemas en el mundo de la vida son "detectados por una serie de sensores" que transmiten estas impresiones en el espacio político público, representando así un elemento de presión para las instituciones jurídico- administrativas. Este relacionamiento se concluye en la adjudicación constitucional en la que el juez no solo desarrolla sus decisiones con dependencia del *ethos* dominante, sino de ese relacionamiento complejo de la sociedad; al respecto señala Habermas (2008):

> Pero el recurso a un *ethos* reinante o dominante, desarrollado mediante interpretación, no ofrece en una sociedad pluralista, en la que compiten entre sí distintos tipos de convicciones últimas y contrapuestas constelaciones de intereses, ningún fundamento convincente para la validez de las decisiones jurídicas. Lo que para unos vale como un *topos* históricamente acreditado, para otros no es más que ideología o puro prejuicio. (p. 269).

El espacio político público en donde se desarrolla este proceso, tiene sus raíces en la esfera de la opinión pública. Al respecto señala Habermas:

> La opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistemáticamente. Por el contrario, es una red comunicacional espontánea de opiniones diversas, amarradas a temas específicos y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. La opinión pública en este sentido proporciona discursos en los que se analizan y evalúan las actuaciones del poder administrativo y ejercen presión incluso en la desobediencia de esas decisiones para obligar a una reevaluación, es quizá en este escenario en donde se legitima el poder y se validan las actuaciones del Estado. (Habermas, 2008, p. 268).

El proceso de legitimación del poder a partir de la cultura, no sólo se vincula a los elementos materiales de la acción social señalada en Weber, sino que adquieren a través de Habermas la reflexión del proceso como se llega a esa acción social, el mundo de la vida (emancipador) se construye a través de la acción comunicativa y de la integración social, la preocupación por la construcción conjunta en la interacción lingüística del mundo social. En este sentido, el mundo es el resultado de la interacción permanente de un conjunto de sistemas de significación lo cuales dan origen a las distintas formas en que se considera la acción y la realidad misma. En el modelo de los Estados Democráticos, las normas reconocidas socialmente como válidas, se desarrollan en esta misma interacción a través de la deliberación y el consenso.

Esta visión del derecho desde la interacción social, es también estudiada por Berger Luckman (2001, p.120), quien nos presenta no sólo la validación de la interacción social en el sistema propuesto por Habermas, sino que encontramos en su planteamiento, el análisis de la construcción social de la realidad, a través de dos órdenes:

-En un primer orden, la construcción y comprensión de los significados en los procesos institucionales.

- En un segundo orden, el proceso de la legitimación, que produce a su vez, nuevos significados en función de agregar una mayor integración en el sistema social.

En esta visión cultural del derecho, el derecho se presenta como agente cosificador e ideológico, que legitima las posiciones dominantes de la sociedad y actúa en función a ellas para revisar los contextos que comprenden esta legitimación.

La relación del poder político y la visión cultural de la ideología, además de ser analizada desde el contexto de deliberación democrática, también ha sido estudiada a partir de la relación entre la política y la visión crítica de la sociedad ajustada a esos escenarios políticos, en los estudios de la teoría crítica del derecho presentada por Duncan Kennedy.

Los críticos del derecho como se han proclamado los seguidores de esta corriente, son observadores de la realidad jurídica y teorizan sobre la misma desde perspectivas poco convencionales, usualmente se declaran según Pérez Lledó (1996) políticamente de “izquierda”, tienen como referente (al menos en alguna medida) el marxismo, no obstante en diferentes periodos históricos y en lugares como Francia, Italia, Alemania y en Norteamérica los estudios críticos del derecho han tomado formas propias y diferentes.

Su propuesta es el activismo desde la revolución en la enseñanza del derecho como plataforma política de la izquierda académica, no busca verdades jurídicas, sino que reconoce el derecho como

es, en su esencia política, afronta esa característica y la propone para apropiarse de los escenarios políticos del país a través de la enseñanza.

En un ensayo presentado en la Universidad de Harvard en 1997, Duncan Kennedy nos presenta su *crítica de la adjudicación.* En este ensayo se presenta el carácter ideológico de izquierda para legitimar el poder político, esto es, no una teoría, sino una reflexión que propone el estudio de lo jurídico desde una visión política en las universidades, señalando la necesidad de mostrar con transparencia el carácter político de lo jurídico. Así mismo, se señalan la crítica al sistema jurídico norteamericano y a la forma en que se enseña el derecho. Esta propuesta es en cierta medida una forma de desvendar a la sociedad y específicamente, a los juristas. La pretensión de lo a-político de la enseñanza del derecho y de la objetividad de las decisiones judiciales es, en cierta manera, un modo de esconder o de ocultar:

> Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, [Kennedy] desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de la libertad como de restricción en su intento por proferir la sentencia que desea en un caso concreto. A pesar de esta experiencia ambigua, sin embargo, el lenguaje judicial resalta solo la restricción, en tanto utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas. (Duncan Kennedy, Traducido por Medina y Pombo, 1999, p.63)

Para Kennedy la *legislación judicial* ha sido el vehículo de los proyectos ideológicos familiarizados con trabajos de este tipo y de otros, el propósito del autor, es el de estudiar los efectos de la adjudicación orientada ideológicamente. A su juicio, el modo más importante de la influencia de la ideología en la adjudicación, proviene de la interpretación de una específica técnica retórica de justificación legal y de la retórica política general de la época. Según Kennedy:

> (…) una ideología es un proyecto de universalización de una intelligentsia ideológica que se entiende a sí misma como actuando por un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos. En otras palabras, una ideología es un discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado. (Duncan Kennedy, Traducido por Medina y Pombo, 1999, p.63)

El aporte de las reflexiones presentadas por los Estudios Críticos del Derecho, es evidenciar que la labor interpretativa de los jueces no es una visión objetiva y neutral del derecho, la labor del juez es ideológica, pues consiste en la libre construcción de la decisión desde un ámbito de discrecionalidad, que se encuentra relacionado a los fenómenos sociales en los que se desarrolla la política y la economía; en este punto, esta ideología, tal como se propone en la presente investigación, encontrará su fundamento en la cultura, alejándose de la retórica política.

Los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad y sus pronunciamientos, según señala Kennedy (1999, p.68), tienden a generar un "efecto de conversión", esto es, la creencia del público de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto, a través de este efecto el juez quien

dirime una lucha ideológica en un caso concreto, legitima (hace ver como correcta) la decisión que tomó.

La forma explicada y propuesta para superar esta labor de adjudicación, desde la crítica a la solución, se puede leer en Habermas, en el reconocimiento de un modelo sociológico de democracia deliberativa, directamente relacionado con un paradigma alternativo de adjudicación constitucional, que articule las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida. (Mejía Quintana, 2017, p.412).

A partir de estas relaciones entre ideología y sociedad, Zygmunt Bauman en su texto *la ideología en el mundo postmoderno (2002)*, se compromete a presentarnos una reconstrucción conceptual de Ideología, desde la modernidad hasta la sociedad postmoderna, en este espacio muestra el concepto positivo de ideología y la dificultad que su proceso emancipador supuso al concepto:

> Lo que a la postre vino a pervertir dicho proyecto fue que la emancipación que éste proponía se convirtió luego en una "jaula de hierro" que cosificó el mundo de la vida pues se trastocó en una serie de dispositivos disciplinarios y de dominación que traicionó los intereses primarios u originales del movimiento (p. 120)

La propuesta de Bauman es presentar un escenario conceptual de lo que se ha entendido por ideología, explicando el salto cualitativo del significado positivo de ideología a su sentido peyorativo fundamentado por Marx y retomado por Gramsci, Pashukanis, entre otros.

Por otra parte, en su obra *Tiempos Líquidos* (2014) Bauman, presenta un análisis de la estructura capitalista en el contexto de la globalización y sus consecuencias en la humanidad, la representación real de la producción y las reglas propias del capitalismo en descontrol, que evidencian preocupaciones cada vez menos analizadas en el contexto global. El triunfo de la global modernidad causaría un desperdicio humano en donde las fronteras coindicen cada vez menos, se busca soluciones locales a problemas globales, produciendo dos consecuencias directas:

1. Atascamiento de desechos
2. Migraciones de poblaciones excedentes

La humanidad, según el autor, se ha adaptado a un modelo de vida *liquida*, permanentemente transitoria, en la que cada vez más personas pertenecen a ningún lugar. Esta humanidad en movimiento es una consecuencia descontrolada de la expulsión de las personas de los Estados a causa de los conflictos internos, que, en últimas, agregamos, no son realmente internos cuando de manera global comprometen a la humanidad misma.

La base económica que soporta la estructura estatal, y la corresponsabilidad del Estado en la adopción de medidas que equilibren la economía, hace que cada vez más haya menos oportunidades de competir o de crear empresa en el contexto que favorece a multinacionales que nada devuelven a la mejora de las condiciones estatales. Situaciones individuales de vulneración de Derechos Humanos tienen su origen en falencias del Estado, las personas asumen la carga o el costo de los conflictos estatales que no le corresponden.

Lo público no es que no interese en este tipo de sociedades descritas en Bauman, simplemente lo común ha dejado de existir por lo que la legitimación del poder deberá analizarse desde otra perspectiva. Esta crítica a la humanidad que hace Bauman, es lo que Mejía Quintana (2013) ha identificado como el concepto positivo de ideología así:

> El concepto positivo de ideología trazado por Bauman o su positivización es una crítica al *descompromiso de las elites intelectuales* frente al devenir del mundo social, político y cultural, pero es sobre todo una objeción implacable respecto de aquellas propuestas teóricas que, empezando por Mannheim, naturalizan la ideología, al concebirla como parte de los marcos cognitivos que posee todo ser humano en su proceso de socialización. (p. 52).

Para el autor colombiano Mejía Quintana, es importante el estudio de la relación que existe entre el derecho y sus manifestaciones, como medio emancipador de la alienación en la que se encuentra el ser humano de estos tiempos. Para Mejía Quintana (2013) hablar de un derecho emancipatorio es caer en un sofisma peligroso, al menos en dos sentidos,

> Primero, porque el derecho racional moderno, que surge como derecho privado, se consolida con el capitalismo y apuntala el capitalismo, precisamente en la figura del sujeto jurídico, de las nociones de libertades individuales y derechos fundamentales que más tarde se complementan, desde el derecho público, con mecanismos de participación ciudadana y constricciones administrativas de los poderes económicos estatales ; segundo porque, en esa línea, las garantías últimas del derecho moderno siempre se orientan a preservar el fundamento mismo de su origen, el sujeto jurídico y las libertades individuales, incluso como sustento de las libertades políticas, protegiendo invariablemente ese núcleo del derecho formal y la concepción procedimental de justicia. (p.147).

En el texto *Derecho, Alienación e Ideología (2013),* con una conceptualización general de lo que se entiende por ideología a través de varios autores en orden cronológico, Mejía concluye en cómo el derecho y los derechos fundamentales, revelan un medio de alienación y de ideologización, que convierten al individuo en sujeto y objeto de dominación hegemónica, enajenación y cosificación del capitalismo liberal; la jurisprudencia constitucional colombiana, no es emancipatoria, esto es una falacia, sus limitaciones interpretativas la convertirán a lo sumo en reivindicatoria pero nunca emancipatoria ni contestataria.

El mismo autor, en su obra *Elites, eticidades y constitución (2007)* nos presenta, cómo fue el desarrollo de la influencia de las elites políticas sobre las masas, a partir de una visión crítica al proceso de la constituyente de 1991, lo que ha generado en imposiciones del orden dibujadas en la interpretación constitucional,

> En este sentido, el reformismo opera como un auténtico fetichismo jurídico, capaz de anular todas las contradicciones e impedir el cambio social mediante la mitológica voluntad del constituyente y el legislador. Al garantizar la estabilidad institucional y la continuidad política, el reformismo constitucional, en tanto prevención del cambio social, ha derivado en culto del orden. (Quintana, 2007, p. 238).

La democracia deliberativa, y la propuesta de un nuevo orden participativo e incluyente que legitime a constitución de 1991 y revise periódicamente la estructura social, es necesaria para alcanzar una constitución que sea un verdadero pacto de paz y no otra carta de batalla, esta es la posición en parte resumida que se destaca en la propuesta de Mejia Quintana.

También encontramos, que en ocasiones el fundamento de las actuaciones constitucionales en un Estado, viene dado por un elemento discursivo que se encuentra alejado o separado de la lectura social del contexto en el que se inserta, al respecto Orozco (2013) señala en un estudio sobre la crítica de Alessandro Baratta a la ideología de la defensa social, la necesidad de proceder con la desmitificación de las construcciones sociales del fenómeno de la criminalidad, elaboradas generalmente por los políticos y por la ciencia jurídica.(p.54); es decir, es posible que las actuaciones del Estado destinadas a combatir la criminalidad se encuentren soportadas en una ideología de una clase y en la misma ciencia jurídica cuyo discurso no se contrastaba con lo que ocurría en la sociedad. Para el caso en estudio de esta investigación, es posible que las corrientes constitucionales estudiadas en esta investigación tengan su propio elemento discursivo en ocasiones forzado a ser adoptado por los Estados y soportarse en razones (políticas o interpretativas) que no encuentran coherencia en el contexto social.

Desde distintas perspectivas se ha analizado la relación ideología, legitimidad y poder, y se ha abordado la pregunta por el origen y permanencia del poder político soberano. En esta perspectiva es indiscutible que el ejercicio del poder político requerirá de una base ideológica que legitime su permanencia. En nuestra propuesta, esta base ideológica es ajustada a la historia, a los valores y a los elementos culturales propios de cada sociedad y no deben sustituirse por la ideología impuesta por una clase dominante o por una estructura discursiva constitucional sin la correcta lectura del contexto.

Capítulo 2.

2. Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo (s) y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Conceptos en contexto.

> La riqueza lingüística de una lengua desarrollada plenamente, y que es reflejo de la necesidad comunicativa de la sociedad avanzada, constituye sin ningún género de dudas un patrimonio cultural y espiritual de primer orden, pero al mismo tiempo, precisamente por su enorme complejidad, requiere instrumentos interpretativos y hermenéuticos que desvelen los significados profundos de los textos y los ordenen de manera sistemática.
>
> Gregorio Robles Morchón. (2009, p. 148)

2.1 Constitucionalismo

Al hablar del sufijo *ismos* a nivel constitucional (*constitucionalismo o neoconstitucionalismo*), en realidad nos referimos a una forma de estudio del Derecho Constitucional, dicho estudio tradicionalmente se ha sistematizado a partir de las diferentes corrientes teóricas que han identificado y analizado las cualidades comunes en los Estados Constitucionales Liberales de después de siglo XVII.

El Constitucionalismo es una propuesta descriptiva que señala la constitución, como eje de estudio del Derecho Constitucional. La carta política significa el inicio y la aspiración final de los Estados. El Constitucionalismo en el seno del desarrollo de los fenómenos políticos a lo largo de la historia,

ha adquirido otras formas como Constitucionalismo popular, Constitucionalismo Fundacional, Constitucionalismo Democrático, y Constitucionalismo Garantista; la cuales parten del análisis descriptivo hacia perspectivas intencionalmente orientadoras del deber ser de la actuación del Estado Constitucional en un contexto y momento específico.

Es precisamente esta *orientación al actuar* del Estado Constitucional, de acuerdo a determinado postulado teórico de la corriente constitucional (garantista, popular, democrático, entre otros, aunque todos tengan en común la supremacía constitucional) lo que adquiere una significación ideológica, lo que nos invita a reflexionar ¿Es la actuación de un Estado Constitucional coherente a los enunciados culturales y sociales de una sociedad en un momento histórico determinado o por el contrario es este elemento ideológico el producto de verdades objetivadas por un movimiento teórico o político que forzadamente intenta encuadrar en la constitución y por ende en las actuaciones del Estado una visión específica?

Aunque esta investigación propone un estudio de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, es importante estudiar el constitucionalismo para comprender a lo que hace referencia el Neoconstitucionalismo y la situación jurídica a la que esta última responde. Entendemos por Constitucionalismo la corriente teórica surgida a partir del análisis de los fenómenos políticos del siglo XVII y XVIII en el desarrollo del pensamiento liberal y de los límites al poder del Estado, es decir, el estudio de la dimensión histórica y política del Derecho Constitucional (Martínez, 2012). El constitucionalismo hace referencia al origen del Estado

Constitucional y a los movimientos que buscaron la racionalización del poder político y la legitimación del poder soberano, aspectos que entraremos a analizar seguidamente.

El reconocimiento del constitucionalismo en la búsqueda de dotar de un elemento racional la legitimidad del poder político, surge a partir del Estado Liberal de las revoluciones de siglo XVII y XVIII, hablamos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

> Las tres revoluciones que emprendieron con éxito esos pueblos contra la monarquía absoluta son la realización de la ideología racionalista que estaba en la raíz de aquel movimiento. Esa corriente política y la paralela formación y desarrollo del capitalismo, generado por la revolución industrial, nacida en Inglaterra de finales del siglo XVIII, destruyeron el antiguo régimen monárquico y feudal. Constituciones políticas escritas y codificadas, y el derecho constitucional son la culminación del constitucionalismo, y la figura que los resume: el Estado de derecho liberal. (Sáchica, 1999, p. 1).

El constitucionalismo, presenta entonces un modelo de Estado de Derecho sujeto a un orden jurídico, pero por sobre todas las cosas a una regla fundamental que origina y orienta la actuación del Estado y el ejercicio del Poder Político, es una respuesta al Estado absolutista tiránico, por lo que entre sus características principales se puede destacar la pregunta por el origen del poder soberano, en lo que se concluye que este poder soberano es y se legitima en el pueblo, a través de un gobierno representativo y organizado, que gobierna bajo un orden jurídico que lo limita: una constitución escrita sujeta a principios universales, que además es legítima porque viene del pueblo, fundamento orientador del poder político.

En este sentido, la constitución es lo principal en el Estado, es la expresión de la soberanía del pueblo que se desarrolla en la dinámica de un Estado Liberal de Derecho. La forma en la que se desarrolla la constitución conforme a los principios democráticos del Estado Constitucional, será objeto de estudio en las diferentes variantes del Constitucionalismo, al respecto encontramos el constitucionalismo popular que centra su estudio en el pueblo como legitimador y eje central del poder político y del Estado, mucho antes que los interpretes de la carta (el poder judicial) y por otro lado, el constitucionalismo garantista, la importancia la importancia del control de constitucionalidad y la interpretación de los jueces, al respecto Ferrajoli señala:

> El constitucionalismo, como *sistema jurídico,* equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y como *teoría del derecho,* a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos. (Ferrajoli, 2010, p. 16).

Analizar los aspectos relacionados al origen del Estado Constitucional, es remitirnos al estudio de las revoluciones ilustradas, guardado de no mantener un determinismo que imponga un modelo exacto en momentos históricos iguales en todo el mundo, se procurará mostrar elementos comunes en una diversificación de interpretaciones del Estado Constitucional presentado en el mundo en momentos históricos distintos. En este sentido, se debe abordar brevemente el contexto de la crisis del antiguo régimen y el paso a la república constitucional – democrática de las revoluciones ilustradas.

El Estado moderno se caracterizó por un esfuerzo de racionalizar el poder soberano, de buscar el origen de la soberanía por fuera de la divinidad y de unificar el Estado que se encontraba disgregado por el modelo feudalista de la Edad Media, es en Italia con el renacimiento, que surge la noción del Estado moderno en el pensamiento político de Maquiavelo y la cuestión de la soberanía en *el príncipe.* El dualismo Iglesia – Estado y Monarca – Señores feudales, se resolvió en favor del Estado y en favor del Monarca, con lo que surge el Absolutismo de Hobbes en el que el poder soberano descansaba en una persona quien representaba la unidad del Estado; podemos señalar según Porrúa (2011) como características del Estado moderno "la unidad, la organización constitucional y la autolimitación del Estado frente a los individuos" (p. 84). En el Estado Moderno se reconocen garantías individuales, que se derivan del poder del Estado y de la sumisión del individuo a un ordenamiento jurídico y una organización política, por ello, a diferencia de la Edad Media, la unidad de este orden jurídico se identifica en una sola norma escrita que afirmará la existencia de los derechos personales específicos, esta norma es la Constitución escrita.

La redacción del derecho de una comunidad comienza a ser necesaria, cuando este derecho es o concebido o confirmado por un poder exterior (Jellinek, 2012), este aspecto acerca de la ley fundamental adquirió mayor preocupación en la modernidad con la limitación y el origen del poder soberano estudiado por la teoría del derecho natural; teóricamente podemos estudiar el concepto y origen del poder soberano desde Bodin y específicamente desde el *Absolutismo* de Hobbes, la propuesta *Contractualista* de Locke y de Rousseau.

Las características del Estado Moderno inician con Jean Bodin que en el siglo XVI al preguntarse por el origen del poder soberano en realidad enuncia las características del poder soberano, que es

el de un poder supremo no sometido a ninguna ley positiva pero que no se origina en el despotismo, sino que, al tratarse de pensadores de la teoría del derecho natural, tendría su origen en el derecho natural. Se trata de un poder perpetuo, legal y omnipotente; la pregunta seguida a este pensamiento es ¿Cuál es el origen del poder soberano?, el origen será punto de discusión de diversos autores entre los que se destacan las tesis de Rousseau en Francia; Hobbes y Locke en Inglaterra.

> Durante la ilustración, la revolución industrial y la hegemonía de las clases medias trajeron consigo el triunfo de los programas iusnaturalistas. Los tres más grandes filósofos de los siglos XVII y XVIII partieron de las mismas premisas, sustancialmente del llamado estado natural, pero cada uno obtuvo resultados del todo diferentes. Mientras que Hobbes afirmaba la celebración de un contrato social durante el estado natural, como forma estatal representativa de una monarquía absoluta, Locke estaba convencido de que ese contrato implicaba una monarquía constitucional, y, por último, Rousseau llegó a la conclusión de que el estado natural exigía la soberanía popular. Esto se explica por el supuesto del cual partió cada uno de ellos: el hombre como ser bueno, malo o indiferente (Mejía, 2005, p.16).

El pensamiento político de Hobbes (1588 – 1679) se concentra en la naturaleza del hombre y a partir de esa naturaleza la definición del origen del Estado y del Poder Soberano, el instinto natural de conservación del hombre lo hace egoísta esencialmente, por lo que la utilidad se convierte en el criterio de acción en sociedad y en la satisfacción de sus instintos, la fuerza es el único medio, esa condición del hombre según señala Porrúa (2011) originó en la sociedad humana primitiva un estado de lucha, una guerra de todos contra todos: *bellum ómnium contra omnes,* cuya finalidad era exterminar a los semejantes: *homo homini lupus,* el hombre es lobo del hombre (p. 91); esta situación de conflicto impedía su desarrollo por lo que los individuos a partir de un pacto debían

ceder alguna medida de libertad al tiempo que constituían una sociedad civil en la que se protegía en un grado la seguridad de todos.

En la propuesta de Hobbes, esta autoridad a la que la libertad es cedida por pacto, se encuentra por fuera del pacto, es la autoridad depositaria de las libertades individuales de cada uno de los miembros, y por tanto esta autoridad es absoluta e ilimitada; este es el argumento racionalista de la monarquía absolutista.

El pensamiento de Jhon Locke (1632 – 1704) dista un poco de la propuesta de Hobbes, puesto que no defiende la propuesta monárquica absolutista, sino que reconoce un estado de naturaleza no caótico sino de libertades absolutas en la que los individuos no se someten a ningún otro individuo y gozan de sus derechos, la pregunta importante para Locke en su Segundo Tratado de Gobierno Civil, es ¿Por qué los individuos deciden mermar su libertad? ¿Por qué renunciar para someterse al dominio y control de otro poder?; En el Estado de naturaleza de Locke el individuo goza de derechos y no necesita de un poder superior que se los conceda a diferencia de la propuesta de Hobbes, sin embargo, el individuo renuncia a su libertad para garantizar sus derechos que se encuentran expuestos a la incertidumbre, miedos e inseguridades en el Estado de naturaleza.

En el pensamiento de Locke se fundamenta la revolución inglesa que acabó con el absolutismo político e instauró la monarquía parlamentaria, su obra política *Dos Tratados Sobre el Gobierno*, que se ha considerado como la primera gran defensa del sistema democrático liberal, el poder absoluto al que se refiere Locke lo es sólo en una medida necesaria para la protección de los derechos y por tanto no es un poder arbitrario ni tirano,

> Ese poder se manifestaría como legislativo en el parlamento y como *ejecutivo* en los órganos de esta índole. Hay un tercer poder *confederativo* que se ocupará de las relaciones exteriores: guerra y paz, tratados internacionales, etc. El poder *judicial* se encuentra implícitamente también en la doctrina de Locke al hablar éste de un órgano del Estado que dirima las controversias. Esta doctrina de Locke sería recogida por Montesquieu (Porrúa, 2011, p. 94).

En Locke encontramos un contrato de sesión de libertades para asegurar o garantizar los derechos existentes previos al Estado, en este sentido existe el derecho de resistencia frente al Estado cuando no cumple con las expectativas para las cuales los asociados han cedido parte de sus libertades, no es una visión absolutista sino democrática y basada en una racionalidad contractualista.

En la visión contractualista del origen del Estado y del poder soberano, se reconoce quizá con mayor popularidad los postulados de Juan Jacobo Rousseau (1712 – 1778), este pensador parte del origen del hombre en su estado de naturaleza primitiva, y el nacimiento de la propiedad privada con la cual se genera la desigualdad entre los hombres y la inseguridad. Racionalmente los hombres ceden en un contrato sus derechos naturales a la comunidad formando así la sociedad política, y es la voluntad general la que crea el Estado para la protección de los derechos de los hombres; la significación de este contrato social se enuncia en los siguientes términos

> Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y hoy el de república o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencia en

> comparación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden a menudo, siendo tomados el uno por el otro; basta saber distinguirlos cuando son empleados con toda precisión. (Rousseau, 1999, p. 15).

En el *Contrato Social* Rousseau habla de una convencionalidad mediante la cual los hombres renuncian a su naturaleza primitiva para la protección de sus derechos, sin embargo en otros apartes se habla de una votación mediante la cual se forma un cuerpo político llamado Estado cuando es activo y potencia en relación a sus semejantes, por lo que de antemano se notan los riesgos de defender la soberanía estatal en la voluntad común, asumiendo que en ocasiones esta defensa basada en la voluntad común pueda legitimar leyes, procesos aplastantes en relación a los derechos de la minoría que también ha contratado, en el texto se diferencia la voluntad general como aquella que sólo defiende intereses privados mientras que la común intereses comunes, sin embargo el presupuesto de un pueblo lo suficientemente informado capaz de deliberar para tomar decisiones comunes y no generalizadas parece un sofisma, sobretodo en una sociedad cuya noción de ciudadano se relaciona a los hombres libres contribuyentes que participan de la acción legislativa del Estado; y parte de este fracaso se evidenció en la constitución francesa de 1790, el régimen del terror de Robespierre y el Consulado de Napoleón.

Un mecanismo de poder constituyente iusnaturalista, en cualquiera de los casos reseñados (Hobbes, Locke o Rousseau) según señala Mejia (2005) debe ser guiado por procesos marcados por instituciones que son capaces de reunir a los hombres que gracias a la razón logran descubrir su propia naturaleza y en consecuencia encontrar esas normas o principios fundamentales para

crear una constitución, en la que las mayorías terminan por imponer su concepción de vida buena a las minorías (p. 67)

Estos aspectos teóricos forman el origen del Estado Constitucional y del poder constituyente que tuvo un desarrollo histórico en tres formas diferentes, el proceso de independencia de los Estados Unidos, la revolución inglesa y la revolución francesa. El poder constituyente se representa en las revoluciones liberales en la nación unificada y personalizada en el Estado que la ejerce a través de la constitución.

En el estudio de las revoluciones liberales que resultaron en el Estado Constitucional entendido este último como el que somete su poder soberano a una constitución escrita presentada por el pueblo y no emanada de una fuerza superior sino de la razón de los hombres; es clave el estudio de la revolución norteamericana que evidencian más elementos culturales en el sustento ideológico de la legitimación del poder soberano. Desde sus inicios los colonos americanos establecieron cierta autonomía en la elección de los gobernantes y en el sistema de creencias culturalmente aceptadas en cada una de las colonias, distinto a las dinámicas políticas de las colonias españolas.

La historia de la revolución norteamericana de 1776 debe entenderse desde la naturaleza misma de Estados Unidos, no existía un único Estado antes de 1776, sino 13 colonias instauradas y autónomas que tenían en común el reconocimiento de ser una colonia inglesa, la primera colonia fue la de Jamestown en Virginia en 1620 y el Pacto del Mayflower en el que las colonias acordaban como se iban a regir y la forma en la que elegirían a sus gobernante; era común antes de la enunciada revolución y de la constitución de 1818 que se concedieran por parte de Inglaterra

cartas de libertad que consignaban privilegios y principios generales de organización administrativa a los colonos así por ejemplo la de Rhode-Island de 1663, la *Fundamental Orders* de Connecticut que fue confirmada por el pueblo y la base de la constituyente en 1776, todas estas cartas eran establecidas bajo figuras contractuales entre los colonos y la corona inglesa, por lo que de antemano se observa una cierta independencia de las colonias que se encuentran en la capacidad de sugerir herramientas jurídicas – contractuales para la libertad y la defensa de sus intereses.

En el año 1776, las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado, publican la soberanía popular y de la división de poderes o bien transforman sus cartas en constituciones. Por lo común, éstas son elaboradas y publicadas por asambleas constituyentes, pero en aquella época se deja sentir ya en algunos Estados la idea del *covenants* y del contrato social, según la cual la constitución debería ser propuesta a la aceptación de los ciudadanos, reunidos en *el town meetings*. Este principio se llevó a la práctica por primera vez en Massachussets y New Hampshire, y en el transcurso del siglo XIX se extiende a un gran número de antiguos y nuevos estados particulares de la unión. “el primer acto legislativo de declaración de derechos tuvo lugar en la convención del Estado de Virginia el 12 de junio de 1776, donde se aceptó un *Bill of Rights* que ha sido el modelo que ha servido a la legislación posterior para todos los actos de esta naturaleza” (Jellinek,2012, p. 467).

Este panorama nos muestra que el proceso de las trece colonias no era una respuesta al sistema inglés (los nobles y la corona), sino al sistema comercial, sin embargo para unir a las colonias era preciso un elemento ideológico que los uniera a la lucha convirtiéndolo en un combate, según expresa Duverger (1984), de la nueva sociedad liberal contra la vieja sociedad

monárquica y aristocrática (p. 48) que adquirirá mayor reconocimiento internacional ante el apoyo de un joven francés en esta causa (La Fayette).

En 1763 al perder la guerra franco-india Gran Bretaña pretende el pago de la guerra con dinero de las colonias, por lo que se presenta un impuesto sobre el té, situación que causó descontento entre los colonos que estaban acostumbrados a manejar sus propias finanzas, la idea de un pago de impuestos sin representación en la cámara de los comunes decanto en una petición de los colones redactada en Filadelfia en 1774 dirigida al Rey Jorge III de Inglaterra solicitando revocar los pagos de este impuesto y el de estampilla, pero Inglaterra reaccionó de manera violenta y en 1775 en el Segundo Congreso Continental celebrado en Filadelfia las colonias nombraron a George Washington jefe de la milicia americana.

> La guerra contra los ingleses duró ocho años durante los cuales intervinieron no solo los británicos y los americanos sino también los franceses y los españoles. En este sentido la revolución americana fue el preludio de guerras mundiales. Los franceses, guiados por su animosidad frente a los británicos, les facilitaron armas y asesoría militar. Por su parte, España, empujada por su enemistad con los británicos y su deseo de recuperar Gibraltar, entre otros, se unió a la cruzada americana en 1778. No obstante, la posición de los españoles, a diferencia de los franceses, no era de apoyo a los americanos, pues desconfiaban de las revoluciones, sino que consistía en aprovechar la debilidad de un enemigo: Gran Bretaña. La guerra terminó con la firma del tratado de París de 1783 en el cual se reconoció la existencia de los Estados Unidos de América. (Aya, 2010)

Posterior a este periodo ocurre la Guerra de Secesión entre el Sur y el Norte, para determinar la conformación del nuevo Estado Norteamericano, la guerra fue en favor del Norte convirtiéndose así la nación naciente en un sistema federado.

En Inglaterra del año 1066 el rey William dio inicio a la monarquía anglonormanda, y a pesar de la falta de legitimidad ante los súbditos, mantuvo el derecho anglosajón, situación que sirvió de base para el constitucionalismo inglés, la crisis con las que gobernaba puede leerse de Henry Pirenne citado por Dusán (2002) así:

> Poseyendo su reino únicamente gracias a su espada, reinando sobre sus nuevos súbditos sólo por la fuerza ¿cómo hubiera podido pensar Guillermo en mantener un sistema de gobierno que dejaba a la Asamblea del Pueblo reinar contra el Rey? La condición indispensable del buen éxito radicaba en someterlo todo al poder real y en hacerlo tan fuerte que resultara inquebrantable, la constitución debía ser, y lo fue en efecto, esencialmente monárquica (p. 198).

Por otra parte, en el estudio de las revoluciones liberales, el caso de la revolución inglesa, comienza con la Carta Magna de Juan Sin tierra que dio nacimiento a una monarquía limitada garantizando las libertades individuales de las personas libres (varones feudales), en 1628 ya el parlamento podía decidir sobre los impuestos y los tribunales como únicos autorizados para privar de la libertad a los ciudadanos, sin embargo estas limitaciones a la monarquía no fueron aceptadas del todo y se tuvo que firmar por Carlos I la petición de derechos que reclamaba la supremacía constitucional sobre el poder del Rey.

> En el curso del movimiento revolucionario (1647), el consejo de guerra de Cromwell, bajo la dirección de Jhon Lilburne e Ireton, jefes de los igualitarios, elabora una constitución de Inglaterra, el contrato popular, el *agreement of the people,* que más tarde hubo de ser sometido al parlamento en forma distinta, y que debía ser propuesto al pueblo inglés para que lo suscribiese. En este contrato fundamental se distingue perfectamente entre principios fundamentales y no

> fundamentales. Aquellos los forman los derechos inalienables de la nación misma, y a los cuales no puede tocar el parlamento, que sólo posee un poder limitado. (Jellinek, 2012, p. 461).

El caso inglés es producto de la interacción histórica de las tradiciones jurídicas anglosajonas y de la invasión normanda, el *Witena-gemont* que nacía del derecho inglés como una asamblea de la tribu para tomar decisiones en torno a ella y por otra parte la *Curia normanda* que tenía mucho respeto a la figura de rey; de tal manera que la *Curia Regis* asistían los jefes militares, figuras del reino como obispos, oficiales y los caballeros del rey, sin embargo el poder del rey era tal que no necesitaba de la aprobación de la Curia para sus decisiones. Por otra parte, esta asamblea elegía formalmente al sucesor del trono, estos son los orígenes y el respeto a la figura del parlamento inglés.

En este punto es importante resaltar que el nacimiento de la concepción de un documento escrito superior al monarca que a su vez lo limitara, ocurre en Inglaterra, pero nunca se tuvo una constitución escrita propiamente, este es un sistema constitucional que se sustenta en el Derecho Natural, no impuesto ni inventado sino anterior al Estado y desarrollado por la comunidad, representada en el parlamento; la única consideración de una ley fundamental se dio en 1653 en el *instrument of government*, en el que están determinados algunos derechos del *Agreements*. Cabe resaltar también que documentos escritos constitucionales no se pueden entender en el concepto de constitución del caso francés, sino que eran figuras escritas de reconocimiento de costumbres y tradiciones inglesas.

En el caso francés, que tuvo lugar en 1789, la revolución procuraba acabar con el antiguo régimen absolutista, Francia se sostuvo en una monarquía fuerte y había claridad de reaccionar

frente a un sistema; a diferencia del caso norteamericano en el cual la reacción no fue contra un régimen para reorganizar un Estado, sino que consistió en la construcción misma del Estado. La revolución francesa fue una propuesta ideológica y estatalista, en donde se ha señalado se formó el modelo democrático.

En procura por acabar con el *ancien régime* los franceses reclamaron derechos individuales y políticos y se alzaron no sólo contra el soberano sino contra el régimen aristocrático y monárquico que reinaba en Europa. Aunque suele explicarse el origen de la revolución francesa en la propuesta ideológica de Rousseau en *el Contrato Social* una obra de 1762, que a través de una teoría contractual de la soberanía propone la legitimación popular del poder político. Cierto es que no un único texto sino el contexto de la ilustración como un arco de nuevas ideas para justificar desde lo humano y no desde lo divino todo tipo de acontecimientos no sólo políticos sino físicos, jurídicos, económicos, es lo que pone en contexto la Revolución Francesa.

Los descubrimientos, las invenciones, la pregunta por el origen y la legitimación de la soberanía en textos desde Inglaterra, Francia, las libertades proclamadas en 1776 en Estados Unidos, el análisis de la sociología penal en Beccaria y de la economía en Smith (1776), son todos aspectos que proponen el protagonismo del hombre y de la defensa de su esencia humana, un desvío de la búsqueda de lo divino propuesta en la Edad Media.

En la cronología realizada por Miguel Carbonell en el texto *los orígenes del Estado constitucional (2015)* se presenta la situación histórica que dio origen al estado constitucional en Francia, por mandato del rey Luis XVI se convocan los Estados Generales conformado por

el clero, la nobleza y el *tercer estado* que representaba al pueblo (burguesía), cada estamento tenía sus representantes y estos se reunían y votaban por separado.

El 17 de junio de 1789 los representantes del Tercer Estado se constituyeron como Asamblea Nacional, considerando que daban voz a toda la nación al rechazar la representación estamental que habían tenido tradicionalmente los Estados Generales. El 20 de junio los mismos diputados juraron no separarse hasta haber escrito una Constitución; para dar solemnidad a su pretensión hicieron el «Juramento del Juego de Pelota».

> A pesar de haber tenido bastantes reticencias, el 27 de junio el Rey decidió que los diputados del clero y de la nobleza se debían reunir con los del Tercer Estado para que la Asamblea Nacional sustituyera a los Estados Generales. El 9 de julio la Asamblea se declara «constituyente». Con dicha declaración la Asamblea cambia definitivamente las reglas del juego hasta entonces vigentes y se considera revolucionaria. (Carbonell, 2015, p. 28).

Con la conformación del tercer estado en la verdadera representación popular, la asamblea pasa a ser una asamblea constituyente que no se levantará hasta proponer un nuevo régimen validado en un texto, La Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789 es el primer resultado de este proceso, esta declaración causa gran resonancia en el mundo porque acaba con el sistema monárquico más fuerte de la época, no obstante algunos autores como Jellinek insisten en que la declaración de derechos de Virginia y la constitución de Pensilvania fueron la inspiración a través de Lafayette de la declaración de 1789 en Francia. Duverger en su texto *instituciones políticas y derecho constitucional* (1984) señalaría que la revolución francesa desembocó en un fracaso a diferencia de la revolución norteamericana, esta

afirmación parece acertada si tomamos en consideración el periodo de constituciones que tiene Francia en la búsqueda de encontrar un Estado con los ideales liberales que no afectara los intereses económicos de burgueses que una vez desarrollada la revolución se transforman en conservadores y no líderes radicales de un proceso; el 3 de Septiembre de 1791 aparece la primera carta constitucional, afirma el principio de separación de poderes subordinando el ejecutivo al legislativo que está compuesto por una sola cámara, pero esta constitución no tendría tiempo para ajustarse a la realidad francesa:

> Existen en primer lugar cambios que se hacen de una manera violenta y que resultan de un golpe de fuerza, que se llama revolución o golpe de Estado, según tenga por autor al pueblo o a una de las autoridades constituidas (…) un ejemplo notable de esto se encuentra en la jornada del 10 de agosto de 1792, en esa fecha, la asamblea legislativa sin dejar de protestar su fidelidad a la constitución y negando cometer ninguna usurpación, se apoderó, en parte al menos, del poder constituyente, pues suspendió al rey y convocó una Convención Nacional, a la que le encargó hacer una nueva constitución modificando notablemente el régimen electoral vigente (Carré de Malberg, 2013, p. 1171).

La constitución de 1793 trae consigo la tesis del poder constituyente constituido y la defensa de la nación más allá del individuo (el sentimiento nacionalista ante el individuo), esto trajo consigo, contradictoriamente la vulneración de la dignidad, la vida, y la libertad de muchos franceses, se justificaría el ahogamiento masivo de Nantes de campesinos contrarrevolucionarios, señala Marquardt (2014) que “entre 1793 y 1794 se ejecutaron aproximadamente 16 mil penas de muerte principalmente por delitos contra el espíritu

revolucionario" (p. 172). A esta carta le siguió la del Directorio en 1795, y por último la constitución de la época consular en 1799.

La revoluciones liberales promovieron la noción del Estado soberano como independiente, absoluto, sustentado en la voluntad popular que se representa de diferentes maneras según se haya acordado por los revolucionarios, así el caso norteamericano, el caso inglés, el caso francés y por qué no también, el caso neogranadino con la traducción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Antonio Nariño, existió la voluntad de romper con el régimen monárquico, y religioso (diferente en el caso norteamericano) y asignarle un papel preponderante a la sociedad de masas (aunque no propiamente democrática e incluyente). En este sentido hablamos de constitucionalismo en los términos de Verdú (1968) como "un ismo jurídico- político que procede, acompaña y justifica las revoluciones burguesas surgidas contra el absolutismo del antiguo régimen, establece las instituciones liberales y desemboca en la perspectiva democrática" (p. 402)

> Los pensadores afiliados al liberalismo consideran que el Estado debe limitarse a establecer el orden y la justicia, dejando el libre desarrollo de la actividad individual como el medio mejor de lograr el bien público. Tesis errónea porque deja débil a merced del más fuerte, ante la indiferencia del Estado (Porrúa, p. 368).

Es en este contexto social y político mundial, en el que la propuesta del constitucionalismo se inserta y cuyas características analizaremos a continuación.

El Constitucionalismo como neologismo para exaltar el tipo de análisis constitucional que sugiere la constitución como norma organizadora del poder que ha sido reconocida y legitimada por la organización social de la que emanó, la constitución es el límite del poder político y su carácter es tal que las nuevas generaciones en muchas ocasiones terminaron por guardarle un respeto sacro que impedía su reforma a la vigencia de las realidades sociales del país.

Los constitucionalistas estudian ese periodo que acabamos de narrar en el que se le da un nuevo orden, un nuevo sentido al poder soberano y esa transformación política de los Estados modernos y su desarrollo hasta finales de la segunda guerra mundial se reconoce como Constitucionalismo. Este estudio de la historia constitucional es principalmente estudiado desde la Teoría del Estado.

Podríamos señalar al menos tres rasgos comunes a las propuestas constitucionalistas: el primero la idea de subordinación de poderes públicos a una norma constitucional, la segunda es la reinterpretación del concepto de constitución y la superioridad otorgada en el ordenamiento jurídico, y la tercera el fortalecimiento de un Estado Constitucional que promueve la participación política popular para comprender el carácter soberano de este Estado a través de un argumento de racionalidad.

En este sentido Ferrajoli (2010) presenta el constitucionalismo, como un sistema jurídico, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y , como teoría del Derecho, a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de

producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino sobre la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos; es así como el legislativo se encuentra a su vez subordinado a este conjunto de límites impuestos por la norma constitucional, esto no es nuevo, y podría incluso aprovecharse el espacio para señalar que el constitucionalismo explica el rompimiento de las características del Estado Moderno a un nuevo modelo de Estado, que en términos de Teoría del Estado corresponde a un movimiento de ideología liberal, es el liberalismo de Montesquieu y de Rousseau el que propone el rompimiento del poder político unitario en un sistema de equilibrio de poderes.

La constitución de los Estados modernos adquiere una gran relevancia, distinta a la del concepto de constitución señalada por Fioravanti (2001) de las constituciones medievales cuyo carácter era mixto y cuyo propósito a finales de la edad media era meramente organizacional; la constitución de los Estados modernos es una ley suprema de un único ordenamiento jurídico y no debe ser impuesta sino adoptada por un pueblo, es en esa autodeterminación de los pueblos que el instrumento adquiere un nuevo carácter, las constituciones dejan ser una carta política que sirve de ruta de organización del poder favor del monarca y se convierte en un documento sagrado que representa los interés de un pueblo y los valores y principios pactados en sociedad.

En Fioravanti (2001) el constitucionalismo es concebido como un conjunto de doctrinas del siglo XVII (es aquí cuando surge) que procuran recuperar en la constitución de los modernos el aspecto de límite y garantía, una constitución que surja de un poder soberano pero que no por ello se entienda que es ilimitado e indivisible, con Harrington se presentará la diferenciación entre constitución mixta y gobierno mixto en un régimen político republicano con una propuesta

bicameral, en este concepto se refleja entonces la necesidad de dividir y contrapesar que recuerda la historia del parlamento inglés y del *Bill of Rights* se elaboraría una forma de gobierno equilibrada y moderada que caracterizó el constitucionalismo de la época en Europa según nos señala el autor.

La máxima del constitucionalismo para Fioravanti (2001) sucede en la definición de los límites de una forma de gobierno propuesta desde Locke – el rey en el parlamento- construyéndose una relación prudente y equilibrada, entre el legislativo y el ejecutivo de manera que prevengan la formación de una dimensión absoluta del poder que amenace los derechos de los individuos, la constitución es así el espacio en el que se equilibran los poderes y se garantizan los derechos.

En el caso colombiano, el constitucionalismo se entiende en el carácter fundador, limitador y fin supremo de la carta constitucional; a su vez el poder soberano tiene su origen en el pueblo tal como lo señala la carta de 1991, sin embargo, el concepto de soberanía también ha señalado que Colombia es un país soberano, por lo que se entiende quizá la soberanía desde una doble connotación que no supera del todo la visión nacionalista de nuestra carta anterior. Este aspecto, quizá ha presentado algunas deficiencias en nuestro sistema de gobierno, al ser un país presidencialista es por sí complejo mantener un sistema de pesos y contrapesos y lo es más si en el ejecutivo pueden recaer las potestades de legislar o coaccionar influenciando de alguna forma los otros poderes bajo el pretexto aun válido de la seguridad estatal que heredamos de la anterior carta y de la que se rescatan aun figuras como el estado de emergencia económica y social que antes había sido exageradamente utilizado bajo la figura del estado de sitio.

La fractura del sistema de pesos y contrapesos se hace hoy más evidente cuando un ex presidente de la republica que tiene una capacidad retórica, con el populismo a su favor es elegido como senador; la única opción viable para evitar el absolutismo en el legislativo y el veto a las decisiones presidenciales sólo puede lograrse equiparando a que otro partido logre en bloque una muy alta votación en sus decisiones, con lo que indirectamente estamos incitando a un acuerdo bipartidista en el legislativo.

Algunos teóricos han apuntado en otorgarle el poder soberano y por tanto absoluto e ilimitado al pueblo para que haga del sistema y de la constitución lo que desee en cuanto lo desee, este carácter populista puede derivar en la anarquía constitucional, y por tanto debe evitarse. La solución es la de lograr un equilibrio entre el cambio y la estabilidad constitucional a partir de lo que cada generación pueda aportar, pero eso sólo se logra con la presunción de que las próximas generaciones son mejores educadas y más conscientes de la construcción de país y en el caso colombiano no se han desarrollado aun eficazmente ese tipo de herramientas.

La constituciones en los Estados Constitucionales y por ende en el estudio de los constitucionalistas es fundamental, la importancia de las constituciones en el constitucionalismo, en términos de Aldunate (2010) consiste en que el constitucionalismo persigue que los Estados se doten de constituciones, es en la constitución en donde se consigna la ideología política del Estado naciente, de ahí la importancia a mantener la reverencia a la carta constitucional y a procurar su permanencia en el tiempo, este documento sacro es el resultado de la lucha, es la espada que acabo con la venda el Estado en la modernidad, y la revolución fue el martillo que la forjo, la carta constitucional es en consecuencia necesariamente racional.

Las constituciones deben emanar del poder constituyente en la propuesta constitucionalista, sin embargo, algunos autores no dan este aspecto por obvio y separan el constitucionalismo de otro titulado constitucionalismo democrático.

Para el constitucionalismo democrático el pueblo es titular de la soberanía (Dalmau, 2012), es el poder constituyente el legitimado para dictar normas; Esta reafirmación nos obliga a presentar una pausa y señalar una diferencia: distinto es el poder político de la forma como es organizado y distribuido el poder político; este poder es un poder soberano que reside en el pueblo y es por ello que es soberano (al menos así debe entenderse desde la doctrina liberal del Estado), en las diferentes doctrinas de la naturaleza del Estado no puede separarse en ninguna el carácter colectivo o asociativo de esta unidad, en este sentido el poder político desde las teorías liberales no es otro que el que emana de la voluntad popular, la propuesta de dividir el constitucionalismo en otro llamado constitucionalismo democrático no es una crítica al origen del poder soberano sino a la forma como ese poder político soberano se encuentra organizado; La teoría del poder constituyente constituido de Sieyés es una forma de reorganizar el poder político para favorecer la acción del legislativo en nombre de un elemento ideológico: la nación; en este sentido hablar del constitucionalismo democrático sólo es admisible si esta redundancia o reafirmación pretende ser una crítica directa a esta trampa lógica formulada por Sieyes y nada más.

Hay distintas formas de interpretar el poder soberano del pueblo en el constitucionalismo democrático, hay posturas como la descrita por Martinez Dalmau en la que el poder soberano del poder constituyente es el del pueblo, el de la democracia mayoritaria deliberativa; para otros autores como Cortéz (2012) la forma del constitucionalismo democrático es la del ejercicio de

la autonomía del pueblo que plasma unos principios constitucionales que limitan el ejercicio del poder político, de tal manera que el constitucionalismo democrático en este sentido no significa la voluntad de las mayorías sino la voluntad del poder constituyente plasmada en los principios constitucionales que orientan el ejercicio del poder político.

Otra variante del constitucionalismo lo es el constitucionalismo popular y el constitucionalismo popular mediado, en el primero se enuncia que la actividad de los jueces se conecta con el sentir mayoritario y más allá de eso, en el caso norteamericano (en el que esta corriente tiene su origen) se pueden nombrar jueces de una orientación política específica; en cuanto al constitucionalismo popular mediado nos indica Isidro Vanegas (2012) que la decisión de los jueces no atienden al sentir mayoritario, se presenta en un contexto pero no es la reproducción de la opinión populista puesto que los jueces no son elegidos de manera directa por el pueblo sino por sus representantes.

El Estado Constitucional Liberal se forjó para presentar un origen racional del Estado y una constitución popular que correspondiera a la realidad sociopolítica del Estado. la defensa del Estado por encima de cualquier cosa y el cuidado de no volver a las figuras monárquicas, hicieron de sus constituciones un sistema rígido de legitimación de todas las acciones del poder político, dicha estructura lógica fue en detrimento del pueblo, cuando sus representantes en nombre de la nación presentaron una estructura normativa suprema inmodificable que justificaba las acciones políticas en su forma sin cuestionar lo sustancial de las acciones, así constituciones perfectamente constituidas como la de Weimar, anunciaba los medios democráticos por los cuales el mismo Hitler fue elegido en 1932 por el pueblo Alemán, y que

entonces por esas mismas vías constitucionales enunciadas obtuvo la aprobación legislativa de la Ley de plenos poderes con lo que iniciaría su voluntad de consolidar el imperio alemán. En este contexto, era necesario un modelo de interpretación diferente de la carta, y así salvaguardar el respeto por el modelo de Estado Constitucional cuya norma prima era la constitución, este momento histórico es el estudiado por los llamados *Neoconstitucionalistas*

2.2 Neoconstitucionalismo(s)

Para el estudio de los que se conoce como Neoconstitucionalismo(s), debemos situarnos en el contexto histórico estudiado por esta corriente, y es precisamente la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias jurídicas y políticas.

Hitler empezaría por proclamar la reorganización el imperio alemán, Austria que tradicionalmente había pertenecido al imperio germano, sería el primer territorio sobre el cual Hitler justificaría la unificación de la patria alemana, el 13 de marzo de 1938 se produjo su anexión; en 1939 se anexaba Checoslovaquia y seguiría Polonia, en 1940 Noruega, Holanda y Bélgica correrían con la misma suerte.

La guerra fue un acontecimiento sin precedentes en el mundo, después de la primera guerra mundial Europa sufriría nuevamente una guerra en su territorio, se incluían también la entonces URSS, China, Corea, y por supuesto Estados Unidos, que alcanzó mediante la guerra el restablecimiento de su economía después de la crisis de 1929, a partir de la demanda de artefactos militares y la generación de empleo a los soldados americanos.

Sin duda, las consecuencias de la guerra fueron trascendentales en la construcción del mundo que hoy conocemos, porque no sólo debemos referirnos a la guerra, sino a la etapa de la posguerra, a las guerras de Corea y de Vietnam y la guerra civil en Grecia y al desarrollo del espionaje a nivel mundial. Sin duda el mundo cambió a nivel económico, político y por supuesto a nivel social.

Ante el hundimiento del poderío europeo en general, emergían Estados Unidos y la Unión Soviética como las grandes potencias, el desarrollo del cine ruso y de la visión política rusa en el mundo, la consolidación de bloques económicos en Europa que ayudaran a solventar la crisis como la Comunidad del Carbón y del Acero en 1950, la humanización del mundo con la consolidación de las Naciones Unidas, la firma del protocolo de Kioto para la protección del ambiente después de los desastres causados por las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki, el desarrollo del derecho a la seguridad social y del trabajo, y como aspecto más relevante: el modelo del Estado Benefactor o de Bienestar en algunos países del mundo.

A nivel internacional se presentó para la época algunos avances en pro de las necesidades sociales en el mundo, la *carta del atlántico* firmada por Roosevelt y Churchill en 1941 en el que se enunciaba establecer la más completa colaboración a nivel mundial en el campo económico. A su vez se tiene que la preocupación por la recuperación económica de Europa se intenta en conjunto, fortaleciéndose a nivel internacional la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA), la zona europea de libre cambio (EFTA), que proponían la consecución de una estructura económica y política, la elevación del nivel de vida y la aceleración del progreso técnico. El mundo de esta etapa se dividía en dos, los comunistas y los capitalistas.

El constitucionalismo adquiría nuevas formas, a partir de las dudas acerca de cómo comprender la constitución después de la segunda posguerra. El derecho en este aspecto, sería el de los vencedores, el bloque de los aliados en cabeza de los norteamericanos había ganado la guerra. En Mayo de 1945 se firmaba la rendición incondicional de Alemania y el 2 de Septiembre lo haría Japón después de la explosión en Hiroshima y Nagasaki; Europa había quedado en ruinas y en la búsqueda de su identidad, el 24 de Septiembre se establecía la Organización de las Naciones Unidas con la firma de 50 países, sin embargo las proclamadas intensiones de paz no eran sino otra forma de ejercer dominio diplomático en los territorios libres: Europa era desmembrada y repartida entre los vencedores.

En este contexto el Derecho Constitucional quedaba en manos de ser reinterpretado por parte de los vencedores, los juicios liderados por Estados Unidos eran políticos para hacer justicia a los crímenes de guerra, los alemanes fueron juzgados con un modelo jurídico en el que la idea de justicia trascendía a la validez de la norma fundamental, la cual no era suficiente sino que debía ser interpretada por los jueces constitucionales; la interpretación (el modelo) y el precedente eran doctrinas constitucionales norteamericanas que adquirirían relevancia en el mundo frente a los juicios de los jueces alemanes, no obstante esta imposición de un modelo jurídico no era una enseñanza al mundo de la humanización de la guerra, se conoce que en los juicios adelantados por el Tribunal Militar Internacional muchos terminaron con la pena de muerte (por ahorcamiento), y que en Estados Unidos se revivirían las investigaciones de actividades antiamericanas (House of Un-American Activities Committee – HUAC) ; así todo el mundo fue testigo y compartió de la doble moral de los vencedores. Para ilustrar mejor esta situación es importante rescatar unas líneas del discurso de despedida de Eisenhower en 1961,

> Estados Unidos es hoy la nación más fuerte más influyente y más productiva del mundo. Aunque lógicamente orgullosos de esta preeminencia, nos damos cuenta de que el liderazgo y prestigio de los Estados Unidos no depende meramente de nuestro inigualable progreso material, riquezas y poder militar, sino de la forma en que utilicemos nuestro poder a favor de la paz y del mejoramiento de la raza humana. (Centro Regional de Estudios sobre Estados Unidos, 1999, p. 169).

El Derecho Constitucional de la posguerra es lo que estudian los neoconstitucionalistas; en la obra de Miguel Carbonell (2003) titulada *Neoconstitucionalismo(s)* se evidencian las diferentes posturas constitucionales que surgen del estudio del derecho constitucional de la posguerra, Figueroa (2003) en la compilación de textos de la obra de Carbonell, señala que el neoconstitucionalismo se refiere precisamente a un conjunto de teorías que forman una base de teoría constitucional iusnaturalista que comprende el derecho a partir del derecho constitucional; esta nueva pretensión constitucional no desmerita el orden ni la construcción de la teoría del Estado que se origina del Constitucionalismo sino que adquiere nuevas interpretaciones de los postulados que lo componen, con lo que deja muchas dudas respecto si puede o no entenderse como una teoría o una propuesta nueva, o se trata de un desarrollo natural de una nueva forma de interpretación de la carta, presentada en la historia del constitucionalismo.

En lo que respecta al aporte en la interpretación de los postulados de constitucionalismo según Hoyos (2015) encontramos, la constitucionalización del derecho entendida en la recepción de exigencias de la moral crítica en el sistema jurídico, estas exigencias se condensan en los Derechos Fundamentales, la organización de las normas constitucionales en torno a los principios

constitucionales; es una constitución de principios interpretables más que de reglas lógicas intocables como ocurría al inicio de las constituciones del Estado Constitucional; en consecuencia de esta segunda característica en cuanto al aspecto político habrá como lo diría el autor, un desalojo del protagonismo de la rama legislativa a la judicial y en particular de los tribunales constitucionales.

Para Ferrajoli (1999) el neoconstitucionalismo resulta ser un garantismo que analizado desde la teoría del derecho, pretende conjugar el ser y el deber ser del derecho en uno sólo; entendemos que esta condición se presenta en la segunda posguerra en donde el sentido de la constitución es la de la garantía de los derechos fundamentales de la persona, por ende los principios son los lineamientos de interpretación del juez constitucional para lograr este fin; la palabra de los tribunales constitucionales (cuya conformación es tan no cuestionable como lo es la constitución misma) y el carácter político de la carta son características esenciales de las constituciones de la posguerra.

Llegar a enunciar aspectos comunes defendibles por los neoconstitucionalistas es complejo, toda vez que son contados los autores que se reconocen así mismos con este neologismo[4], para Guastini por ejemplo el neoconstitucionalismo no indica una tesis teórica reconocible y susceptible de discusión, sino que se trata de una acumulación de actitudes axiológicas y tesis normativas, según se indica en Barberis (2015)

[4] En ocasiones se podría incluso identificar los rasgos comunes en esta propuesta, a través de la lectura de los debates de positivistas o constitucionalistas que se defienden de ser erradamente considerados neoconstitucionalistas, como ha sido el caso de Prieto Sanchís y García Amado, y hasta Bernal Pulido en algunas de las narraciones de este debate.

Las diferentes acepciones de lo que se entiende por neoconstitucionalismo y el intento por encontrarse en elementos comunes que permitan su concepción desde una posición teórica, inicia con la pretensión de agrupar en un solo movimiento las visiones iusfilosóficas del específico modo de acercarse a la interpretación del texto constitucional de algunos autores.

Se trata entonces de una apuesta de interpretación constitucional originada de la necesidad de debilitar la validez del texto constitucional de la segunda guerra mundial y legitimar de esta manera la interpretación libre del texto con el pretexto de humanizar la norma reivindicando los derechos humanos y la dignidad humana como límite orientador del actuar del Estado; este ejercicio de unificación fue presentado por primera vez por Susanna Pozzolo bajo la denominación de *neoconstitucionalismo* en el texto *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional* publicado en Doxa en 1998, en él se proponen las siguientes características comunes:

1) Principios versus normas. Con esta formulación me refiero a la expresión de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del «todo o nada», según el cual son aplicables al caso concreto sólo prima facie.

2) Ponderación versus subsunción. Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios. En efecto, ligada a la tesis de los principios se encuentra una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serían

interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas. Los principios necesitarían un método llamado ponderación o balanceo.

3) Constitución versus independencia del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la «materialización» o «sustancialización» de la constitución. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales.

4) Jueces versus libertad del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Al juez, por supuesto la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo.

En estos cuatro enunciados se presentan al parecer, aspectos comunes de la propuesta neo constitucionalista, cabe anotar que con mucha curiosidad evidenciamos ante la persona a quien se le adjudica el neologismo *constitucionalismo* que sus enunciados se construyen en la sombra de la crítica al positivismo jurídico, sí se lee correctamente se enuncia no un nuevo postulado sino una preferencia de los principios frente a las normas, de la interpretación basada en la ponderación

antes que en la subsunción, de la constitución y el juez antes que el legislador; la crítica, advertimos, se trata del intento por introducir una nueva teoría (del Derecho o del Estado) a partir de reinterpretaciones de los enunciados del positivismo jurídico.

Sí hacemos referencia por ejemplo al *principia iuris* de Luigi Ferrajoli quién a pesar de ser enmarcado erradamente como un neoconstitucionalista se ha defendido desde el positivismo jurídico que claramente encarna en sus textos, notamos que las falsas novedades que el neoconstitucionalismo viene a traer son aspectos ya debatidos desde la teoría positivista.

Señala Ferrajoli (2007, p.151) en su Teoría del Derecho al referirse a la forma de comprender la *libertad*, que existen dos connotaciones de libertad que pueden resumirse a través del siguiente cuadro comparativo representado en la Tabla 1:

LIBERTAD POSITIVA	LIBERTAD NEGATIVA
Libertad – Facultad (libertad de)	Libertad- Inmunidad (libertad frente a)
Rousseau: obediencia a la ley que uno mismo se ha prescrito	Montesquieu: derecho de hacer todo lo que las leyes permiten
Moral	Derecho

Tabla 1. Diferentes Connotaciones acerca de la libertad según Ferrajoli. Fuente: Propia

En el marco de una ética fundada en la autonomía de la conciencia, existirán para todo individuo dos connotaciones de la libertad, la negativa que se refiere a la expectativa de poder realizar todo

lo prescrito sin que otra persona intervenga en el ejercicio de mi libertad, el permitirme ser; y, por otro lado, la libertad positiva entendida como el poder auto determinarme; en este sentido estas libertades son independientes entre sí, pero comparten en común que no pueden existir sin una referencia jurídica porque sería libertinaje el primer caso y simples acciones en el segundo. Esta independencia de esas dos connotaciones de libertad, nos permite comprender situaciones como aquellas en las que, existiendo jurídicamente la capacidad de autodeterminación (libertad positiva), el individuo por la no garantía de la libertad negativa, es decir, por no existir expectativas de permitirme las conductas a las cuales tendría derecho, decide desde el plano moral reprimirse, al respecto Ferrajoli (2007) hace referencia a los debates de la libertad religiosa. Hoy podemos para el caso colombiano referirnos sin equivocación a la libertad sexual y el caso de las personas LGTBI que, no habiendo impedimento jurídico para contraer matrimonio civil, no pueden hacerlo por la represión moral que ya no es individual, sino que se ha permitido sea colectiva, determinando así las decisiones judiciales, situación que a pesar del principio de igualdad consagrado en la carta de 1991, sólo pudo ser debatida y garantizada a través de una sentencia de la Corte Constitucional en el 2016.

Desde esta visión, la propuesta neoconstitucionalista no señala cosa distinta a la dicha por el positivismo de Bobbio o de Ferrajoli, es decir, la de la mirada moral que determina las actuaciones del individuo que jurídicamente ha sido facultado y enmarcado en el plano social. entonces sí nos preguntamos desde el positivismo sí la constitución es norma jurídica superior, la respuesta es afirmativa; sí nos preguntamos sí esta norma está dotada de principios y valores de interpretación más allá del simple articulado, la respuesta es afirmativa incluso desde Hart y desde los postulados estudiados del constitucionalismo; sí nos preguntamos sí los derechos son superiores a este

documento y sí son un patrón de interpretación, la respuesta es afirmativa porque la pregunta por los derechos y sus garantías es el eje de teorías antiquísimas del Estado como la de Hobbes, Rousseau y Montesquieu con lo que inicia el diálogo y no debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

En este orden de ideas, el neoconstitucionalismo lo único que trajo de novedoso fue la reafirmación del papel del juez y de su interpretación que venía siendo comentada desde el constitucionalismo, la satanización del positivismo jurídico y la reinterpretación errada y confusa del mismo para poder abrirse campo como una teoría propia, sin serlo.

Aunque devolver la mirada desde el neo constitucionalismo hacia el positivismo jurídico parezca confuso para quien sólo piensa en este último desde la teoría del derecho, cabe aclarar que aspectos fundamentales de su propuesta como la teoría de la norma fueron construidos con cuidado de guardar la coherencia con el concepto de Estado y de Democracia en el que emana y se desarrolla la norma jurídica, Ferrajoli (2007) en su *principia iuris* nos permite una orientación que va desde la teoría del derecho hasta la teoría de la democracia y que explicaremos brevemente en las siguientes líneas.

La norma es un concepto esencial para la teoría iuspositivista, define Ferrajoli la norma como "toda regla producida por un acto jurídico" (2017, p. 395), es decir son prescripciones desde el ámbito social y también significados desde su ámbito lingüístico que dependen en consecuencia de una dimensión pragmática, y guardan como toda propuesta positivista un contenido universal; pero este contenido universal no es pretensioso ni señala la aplicación de un contenido específico

propio de un sistema jurídico o de un ordenamiento jurídico igual para todos los demás ordenamientos; lo universal consiste en la forma y sujeto a los que van dirigidos,

> En tercer lugar tiene contenido universal, en el sentido de que su significado prescriptivo se refiere siempre (no a algo particular sino) a un tipo (o una clase) de objeto: son normas, en efecto, todas las prescripciones jurídicas positivas de carácter *general* porque se imputan a una clase de sujetos, y/o de carácter *abstracto*, porque regulan una clase de actos. (Ferrajoli, 2007, p. 396)

Las normas son efectos jurídicos que se producen de un acto con esto el positivismo no se refiere no solo a la expresión escrita sino a la consecuencia lingüística de un acto, en tal sentido es importante recordar el positivismo jurídico de H. Hart en el que la costumbre se comprende como norma positiva puesto que consisten en actos reconocidos por el derecho positivo. En su *Post scriptum* Hart señala que bien como lo ha sostenido Dworkin las reglas sociales son aplicables en el sentido que son convencionales, además de las costumbres sociales ordinarias se incluye también la regla de reconocimiento; es decir, la Regla de Reconocimiento es una regla social consuetudinaria, por lo que la pretensión de Dworkin de estigmatizar a Hart por su ortodoxo positivismo queda sin peso, el positivismo defendido por Hart, señala un orden de normas pero también un alto contenido de moral en las reglas y en su interpretación, señala Hart que las normas jurídicas son válidas desde los criterios proporcionados por la regla de conocimiento y desde el momento en que ellas son promulgadas.

La regla de reconocimiento es reconocida en el ámbito social, no se requiere a diferencia de lo señalado por Dworkin de buenas razones que justifique su existencia y aplicación, si hoy por ejemplo quisiéramos comprender en que consiste esta regla diríamos que en materia de

interpretación constitucional existe el principio constitucional de la dignidad humana, no hay razones que le justifiquen, simplemente hay una construcción de su contenido por vía jurisprudencia, es un principio conocido del Estado Constitucional Colombiano y no se necesitan argumentos para justificar su existencia, el principio existe por la filosofía política adoptada en nuestra carta y es indiscutible jurídicamente; si en la sociedad colombiana lo cuestionáramos estaría entonces en riesgo la estabilidad política porque es la misma filosofía política la que está siendo cuestionada, es decir, no sería un problema de lo jurídico sino de lo político; pues bien, la regla de reconocimiento irradia todo el sistema normativo inglés porque es reconocida desde ese preciso ámbito social; si ella fuera cuestionada, no sería un problema jurídico sino social que transita hacia una nueva regla de reconocimiento.

Prieto Sanchís (2001) identifica el *neoconstitucionalismo* con un constitucionalismo contemporáneo, que reúne dos elementos importantes, la primera hace referencia a la idea de la garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza al legislador así la noción de poder constituyente es más liberal que democrática y se traduce en la imposición de límites a las decisiones de la mayoría para respaldar las garantías constitucionales, la segunda característica hace referencia a que esos límites son fijados por el juez en la interpretación de la constitución y no por el legislador.

Para Sanchís (2001) la propuesta neoconstitucionalista viene a proponer algunos aspectos importantes, expresa el autor que “el dilema de constituciones garantizadas sin contenido normativo y constituciones con más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas, apostando por una conjugación de ambos modelos: constituciones normativas garantizadas” (p. 205).

En este contexto constitucional Sanchís (2001) explica la ponderación como un sistema de principios que no garantiza comprensión sino que agregan indeterminación al derecho la ponderación como interpretación se basa en las circunstancias del caso analizadas por un juez que no tiene una moral objetiva ni concreta aplicable de manera uniforme en todos los casos ni mucho menos por todos los jueces, a pesar de estas limitaciones rescata Sanchís la importancia del método en el entendido que obliga desde la forma a seguir unos ciertos parámetros de interpretación de manera uniforme, como lo es que todas las decisiones deban estar argumentadas en todos los casos y que la forma de esa argumentación debe descansar en juicios de valor de principios constitucionales.

En cualquier caso, aunque Sanchís procura identificar el neoconstitucionalismo desde la Teoría del Estado, la teoría del Derecho y la ideología, en realidad en su texto el eje central de esta propuesta se evidencia en la interpretación y el papel del juez constitucional, en realidad podría pensarse que el lugar de estudio del neoconstitucionalismo no es otro que el de la teoría de la interpretación constitucional.

El aporte a la interpretación constitucional, logrado a partir del análisis de nuevas formas y técnicas de interpretación, no pueden desconocerse a partir de las constituciones de la posguerra, en este sentido más que hacer una apología sobre la *novísima* teoría constitucional, el neoconstitucionalismo debe ser visto tal cual es, diferentes y separados estudios propositivos sobre la forma y modelo que debe tener la interpretación en un Estado constitucional para garantizar los derechos fundamentales, y en este sentido su mayor desarrollo son las distintas propuestas interpretativas esbozadas; al respecto el autor Leonardo García Jaramillo (2010) en su escrito

Buenos tiempos para el Neoconstitucionalismo (Sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional) nos presenta una reseña de la tesis Doctoral de la Doctora Laura Clericó defendida en la Universidad de Kiel, en la que se exponen de forma más específica los elementos y subprincipios del principio de proporcionalidad, este último a juicio de García Jaramillo el más notable aporte del canon neo constitucional.

Comanducci (2009) ubica en el fenómeno de la constitucionalización una base importante para el desarrollo del llamado neoconstitucionalismo, Comanducci sitúa el fenómeno de la constitucionalización del derecho como un fenómeno gradual que sólo ocurre en ordenamiento en los que la constitución es invasiva de la legislación, la jurisprudencia y hasta de la doctrina, por su parte ubica el nacimiento, el origen mismo del neologismo *neoconstitucionalismo* en estos términos:

> "Neoconstitucionalismo" es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporá- nea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica (particularmente en Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico (p. 87).

Para el estudio del neoconstitucionalismo, Comanducci (2009) lo clasifica de la misma forma en que Bobbio clasifica el positivismo, así explicará en que consiste el neoconstitucionalismo teórico,

ideológico (se trata de un concepto de lo ideológico diferente al de estudio de esta investigación) y metodológico.

Como teoría del derecho describe los logros de la constitucionalización, criticando el formalismo interpretativo y el legicentrismo del positivismo decimonónico, en este primer punto se debate si el neoconstitucionalismo es una propuesta iuspositivista que mantiene el mismo objeto con un método diferente o sí es diferente con un objeto y método completamente novedoso.

Como ideología el neoconstitucionalismo coloca en primer plano la garantía de los derechos fundamentales, abandonando la prioridad de la limitación del poder estatal del constitucionalismo; valora los rasgos distintivos del fenómeno de la constitucionalización positivamente, puede en este sentido ser incluso considerado una variante del positivismo ideológico del siglo XIX ya que predica la obligación moral de obedecer la ley.

El neoconstitucionalismo metodológico se refiere a la conexión directa y necesaria entre el derecho y la moral a diferencia del positivismo metodológico que distingue claramente lo que es (descripción) de lo que debe ser (prescripción).

Para Comanducci (2009) el neoconstitucionalismo teórico no dista de la tradición iuspositivista, es en realidad en palabras de Comanducci, *el positivismo de nuestros días*, sus críticas se orientan al neoconstitucionalismo ideológico por el riesgo del grado de certeza del derecho a través de la ponderación, y de los postulados de algunos autores que resultan confundidos como es Ferrajoli y en Zagrebelsky según afirma Comanducci (2009) en estos términos,

> Las únicas críticas que presentaré se dirigen contra aquellas variantes del neoconstitucionalismo teórico, como por ejemplo la de Ferrajoli o la de Zagrebelsky, que ofrecen una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde mi punto de vista inaceptable.
>
> Luigi Ferrajoli, en algunos escritos recientes, y no solo en su obra mayor, ha afirmado que la ciencia jurídica, hoy y en los países democráticos, es necesariamente "normativa". En particular, Ferrajoli entiende que la "descripción" de la Constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento. La operación de Ferrajoli me parece ser la siguiente: una vez interpretada la Constitución como depositaria de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales que se oponen a esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y llenar las lagunas (que de axiológicas devienen en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas) (p. 100).

En materia de interpretación, la ponderación para Comanducci (2009) no puede dar ni pretender la certeza del derecho sino la corrección del derecho a los cambios sociales. En cualquier modo, lo señalado por Comanducci no es un rechazo al neologismo sino la ubicación, la contextualización adecuada de este neologismo, no como algo novedoso sino como la continuidad en otras formas de la tradición iuspositivista.

Aldunate en el texto *aproximación conceptual y crítica la neoconstitucionalismo (2010)* no sólo se pregunta por el objeto del constitucionalismo sino sí este podría considerarse verdaderamente una teoría, un nuevo constitucionalismo es decir, un constitucionalismo con todos sus elementos pero actualizado a un periodo específico, este supuesto conceptual implicaría entonces que el *neoconstitucionalismo* mantenga la cualidad de constituirse como una corriente de organización y

legitimación del poder y la relación de este fenómeno en el derecho, esto no ocurre sino que en realidad se trata de una descripción de fenómenos y prácticas institucionales en ciertos Estados Constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial.

El *neoconstitucionalismo* se enmarca en un elemento histórico – cultural y en uno institucional; el primero según señala Aldunate (2010) se refiere a lo que trajo consigo la segunda guerra mundial, se demostró la ausencia del derecho para contener las atrocidades del poder político totalitario y el genocidio, algunas vertientes especificas del positivismo jurídico habían sido reinterpretadas en forma tal que la pretensión de perfección del derecho alejado de la política acabarían por legitimar desde el mismo derecho atentados contra la humanidad misma. La forma de recuperar el sentido del derecho fue el de retomar los valores en el discurso político, incluir la política en el derecho, la cultura jurídica entonces dejaría al juez la libertad para dar definiciones de lo valioso y no solamente en la construcción de reglas de interpretación. El segundo aspecto, el institucional, hace referencia al fortalecimiento de los tribunales constitucionales garantes del control constitucional, pero sobre todo de la defensa de los derechos fundamentales.

En lo institucional, Aldunate (2010) aclara que la supuesta novedad del control constitucional ya era reconocida en el ámbito latinoamericano desde la segunda mitad del siglo XIX, así mismo en lo que se refiere a constituciones normativas y garantizadas según lo señalado por Pietro Sanchís, Aldunate expresa,

> Se trata de una afirmación que debe ser matizada pues no corresponde a la evolución general de todas las constituciones de la posguerra. Las constituciones surgidas con posterioridad a 1945 mantienen en lo esencial, las características del constitucionalismo decimonónico (…) Sólo el

> tribunal federal constitucional de la Ley Fundamental de Bonn está dotado de la competencia para conocer de quejas por infracción a derechos fundamentales (p. 87).

El neoconstitucionalismo no comprende entonces un fenómeno global sino a ciertos agentes institucionales como lo expresa Aldunate (2010) citando a Guastini, la aplicación de las normas constitucionales dependería del seno de cada cultura jurídica.

La propuesta de los neoconstitucionalistas es una propuesta del análisis de la Teoría de la Constitución, en tanto a la forma de interpretar y los elementos de interpretación que se tienen en consideración a partir de algunos países posterior a la Segunda Guerra Mundial, cómo elemento insigne se enaltece con la inclusión de los valores y los principios como algo novedoso que trae consigo una supuesta nueva forma de interpretar para salvaguardar la carta y los derechos fundamentales por encima de todo postulado normativo, esto es una garantía en la medida en que el juez constitucional sea tan íntegro como el contexto social y político así lo exija y lo legitime, sin embargo tanto "poder detrás del poder" puede generar una ausencia de racionalidad del Estado, no debe olvidarse que los actos de interpretación son actos del lenguaje y que los juicios constitucionales de ponderación son en realidad juicios de valor.

2.3 Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Los precursores del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano han comprendido en primera medida que se trata de un movimiento en construcción y no de una corriente doctrinaria, sin embargo, la defensa teórica de este movimiento ha sido vehemente en los procesos

constitucionales de la época. A partir del estudio de las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), señala Gargarella (2018), que suele hablarse de la existencia de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, sin embargo, este movimiento surge sin una lectura de la historia constitucional de estos países, y sin el debate epistemológico sobre la comprensión misma de lo que culturalmente puede definirse como *Latinoamérica*.

Para referirse al fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Viciano Pastor y Martínez Dalmau utilizan categorías constitucionales descritas por otros autores en otros contextos, inician por referirse a un supuesto *constitucionalismo fundacional*, "se puede de esta forma distinguir el origen de las constituciones latinoamericanas un primer constitucionalismo fundacional, de carácter claramente democrático-revolucionario y un constitucionalismo criollo, fruto de la involución conservadora del primer constitucionalismo latinoamericano"(Roberto Viciano y Martínez Dalmau, 2010, p. 26)

Comparten los autores, en que todas las constituciones fundacionales latinoamericanas tuvieron lugar por voluntad popular expresada a través de congresos, convenciones o asambleas; pero una reflexión en deuda que debe contemplar el movimiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano está relacionado con que los autores seleccionan este punto como inicio del Estado y del proceso constitucional; siendo que en realidad el Estado Democrático aún está en discusión, no fue construido ni consolidado con los procesos de la colonia, al contrario, los resultados de la batalla independista atrofiaron su formación, pues la confianza en el proceso puesta no por los criollos sino por campesinos y otras clases populares fue defraudada, y algunas

de las provincias en el caso Colombiano, que eran realistas (que apoyaban al rey y no al proceso independista) no recibieron invitación ni explicación para la construcción de la nación, sino que el nuevo pensamiento (liberal) fue impuesto sin diálogo. De tal forma que siendo una bandera la deliberación desde el contrato social señalado por Rousseau uno de los fundamentos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que justifican además la soberanía entendida desde la voluntad revolucionaria de los pueblos, su aplicación y explicación quedan cortas de fundamentos históricos.

En cuanto a sus elementos formales, se señala por los autores cuatro características explicadas en así:

- Capacidad Innovadora: la finalidad del texto constitucional de construir una nueva institucionalidad con características para promover la integración social y crear mayor bienestar

- Extensión del articulado: Son constituciones extensas que buscan la permanencia de la voluntad del constituyente para evitar su olvido por parte de los poderes constituidos.

- Complejidad: complejidad técnica y simplicidad lingüística, que permita la comprensión más completa de la expresión del constituyente.

- Rigidez: se trata de un constitucionalismo que provino de una ruptura constitucional y que por tanto será transitorio hacia un modelo definido de Estado.

Lo que los autores han denominado características formales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano no son finalmente características de este movimiento sino de las constituciones latinoamericanas, cabe resaltar que para los precursores los procesos constitucionales de Bolivia y Venezuela eran bandera para ejemplificar las bondades de este llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Países que hoy viven el debilitamiento de sus órganos electorales y la crisis de la justicia.

Se puede decir de las características de este movimiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano lo siguiente:

- Diversidad de los textos de estudio: Las obras terminan siendo compilaciones de ensayos con características más o menos comunes acerca de la forma en la que es leído el fenómeno constitucional latinoamericano, por lo que finalmente en un futuro cercano hablaremos de nuevos constitucionalismos latinoamericanos o alguna fórmula parecida a la de los Neoconstitucionalismo(s) que puedan cobijar cuantos adeptos se tengan.

- Aspectos metodológicos por complementar: Finalmente entre los textos no se alcanza a comprender si los estudios se ubican en un estudio de Teoría del Estado, de Teoría Constitucional, de Teoría del Derecho o de Ciencia Política, hace falta rigor metodológico en la tesis o las tesis defendidas por este movimiento que permitan una mejor comprensión.

- Reivindicación del concepto de Soberanía: Todos sus precursores están de acuerdo en que el elemento soberanía es el fundamento de los Estados, la soberanía radica en el pueblo, por el pueblo y para el pueblo y se vincula a la legitimidad de los Estados que comprende el derecho de los pueblos a resistirse y actuar cuando el Estado no cumple las expectativas.

No se hace un estudio del carácter externo de la soberanía en el reconocimiento internacional de los Estados.

- Poder Constituyente en práctica: el concepto de poder constituyente transita de lo teórico al análisis de su ejercicio en la práctica, al respecto Pisarello (2014) señala que los procesos generados entre los siglos XVIII y XX no fueron sino eso, procesos que no contaban con la representación popular, hoy los procesos populares generan resistencia pues desestabilizan la estructura constitucional tradicional, sin embargo la auto organización y el protagonismo de las clases populares es inquebrantable y ha servido para proponer desde abajo, lo que ha intentado controlarse desde arriba.

Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Pedro Salazar (2012) propone un análisis de este movimiento en el contexto de Modelo Democrático Constitucional surgido después de la segunda guerra mundial, al referirse a la denominación de este movimiento, señala que es el nombre con el que algunos autores han bautizado los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI. (p. 348)

Sin embargo, el autor señala la imposibilidad de agrupar en una misma denominación las distintas constituciones surgidas en América Latina, pues algunas si bien han sido objeto de reformas profundas, otras han sido nuevas reinvenciones para relegitimar un orden social; así mismo, el contenido y la lógica de las modificaciones son ideológica y políticamente diferentes; es decir, para el Salazar (2012) no hay un estudió suficiente sobre la ideología del movimiento denominado

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en este sentido estamos de acuerdo con el autor en que no puede en esta ausencia de estudio ideológico del movimiento, pretenderse que los fenómenos constitucionales de América Latina de los últimos años del siglo XX y principios del XXI son iguales. Respecto a las tesis defendidas por los precursores del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano el autor señala:

> En síntesis —según estos autores— las Constituciones del NCL rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (aunque tienen un lenguaje asequible y simbólico son técnicamente complejas); su pronunciada rigidez (para garantizar el predominio del poder constituyente soberano sobre los poderes constituidos). Más adelante regresaré sobre estas características del NCL pero con esta caracterización es posible sostener que el NCL es un fenómeno de reconstitucionalización, hasta ahora propio de tres países de América Latina, que experimentaron crisis políticas y sociales relevantes que provocaron lo que Viciano y Martínez llaman una "necesidad constituyente" que se tradujo en la aprobación de documentos constitucionales con características comunes entre sí y diferentes a las de otras Constituciones occidentales dentro de las que se cuentan diversas Constituciones latinoamericanas (Salazar, 2012, p.355).

Además de la complejidad de reunir en todos los movimientos constitucionales características comunes, sin tenerlas, el autor hace referencia a la importancia del carácter político del movimiento al pretender y exaltar la legitimación del movimiento constitucional desde una radical postura populista, sin embargo, este carácter político no puede asemejarse (como lo han intentado sus precursores) a un rasgo jurídico, este populismo ha desembocado, según el autor, en una enunciación de un gran listado de derechos, inclusive otorgando derechos a quienes no son

jurídicamente sujetos según el modelo ideológico liberal propio de los Modelos Democráticos Constitucionales, en últimas intentar el diálogo entre dos ideologías contrapuestas el liberalismo y el comunitarismo, lo que deja en ocasiones en una incertidumbre teórica los presupuestos de la interpretación constitucional, en casos concretos.

Sobre el carácter político del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Alejandro Medici (2016) en su obra *Otros Nomos. Teoría del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* señala:

> El denominado "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano", implica desde el punto de vista que nos interesa desarrollar aquí, es decir, el del poder y específicamente del poder en función constituyente y reconstituyente: asumir una nueva relación entre democracia y constitucionalismo marcada por la fórmula política democrática participativa del poder constituyente, vinculando la supremacía y el grado de rigidez constitucional a esa característica. La constitución límite del poder deja paso a la constitución como producto y como proceso del poder democrático. Donde lo central que anuda ambos términos pasa a ser la legitimidad democrática del poder basada en un consenso exigente (Medici, 2016, p. 198).

En este sentido, se trata para el autor, de un estudio de Teoría Política en el que el eje principal es el análisis del principio de soberanía popular, y cuya realización es posible en los contextos de participación democrática que sirvan en su proceso de legitimación de los estados y de sus constituciones.

Por su parte, Gargarella (2018) presenta un estudio de la evolución histórica del constitucionalismo regional en América Latina, no en la defensa de la supuesta propuesta teórica denominada Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, sino en la reconstrucción histórica de los diferentes acontecimientos de índole social, económico y de derechos ocurridos en la región y que tuvieron influencia en el derecho constitucional, por lo tanto, para el autor no puede hablarse ni defenderse la llegada de un *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* frente a hechos que venían ocurriendo ya desde mediados de los años ´90, al respecto señala:

> A la luz de lo que hemos examinado hasta aquí, debiera resultar más sencillo reconocer por qué no corresponde hablar de la llegada de un "nuevo" tipo de constitucionalismo latinoamericano a partir de las últimas reformas aparecidas en la región. Lo que sostengo es, más bien, que el llamado "nuevo constitucionalismo" simplemente, refuerza algunos de los rasgos ya bien presentes en el marco constitucional de América Latina. Luego de la última oleada de reformas, nos encontramos con que: i) la parte orgánica de las nuevas constituciones sigue estando caracterizada por una estructura de poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente; mientras que ii) la parte dogmática sigue distinguiéndose por la presencia de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales de diverso tipo. En otros términos, la "doble marca" que comenzara a definir al constitucionalismo latinoamericano desde comienzos del siglo XX sigue tan vigente como entonces. Decir lo anterior no implica afirmar que el "último" constitucionalismo latinoamericano ha hecho poco, o que no ha innovado suficientemente, o que no ha hecho nada importante. Simplemente señalo que las viejas estructuras se mantienen indemnes, lo cual es muy relevante, según entiendo, para reconocer el lugar en el que nos encontramos, y el tipo de problemas constitucionales que enfrentamos (Gargarella, 2018, p. 115).

En general podemos decir que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en lo que señalan sus escritos, deja espacios para ser glosados aún. Entre los más relevantes la comprensión ideológica acorde a la historia y cultura de cada país en América Latina, esto para poder pretender la defensa de este movimiento como un movimiento político; Ahora bien, frente a la pretensión jurídica del movimiento, aún hay diálogos por realizar respecto a la coherencia del discurso teórico propuesto, preguntas por responder como por ejemplo ¿Cómo puede ser una propuesta política decolonizadora, la que legitima desde una observación eurocéntrica, los fenómenos políticos constitucionales, de países que desconoce, borrando en una sola pincelada, años de historia y avances constitucionales, catalogando ahora como "nuevo" lo que ya existía?, como señalaría Roberto Bolaño, Latinoamérica fue el manicomio de Europa, así como Estados Unidos fue su fábrica. "La fábrica está ahora en poder de los capataces y locos huidos son su mano de obra. El manicomio, desde hace más de sesenta años, se está quemando en su propio aceite, en su propia grasa" (2003, p.30).

Es necesario para la defensa de sus postulados por parte de los precursores de este movimiento, el reconocimiento de la historia de los países latinoamericanos, aunque sea de los elementos culturales evidenciados en las expresiones artísticas; así como en Alemania para fines menos nobles, recurría a Goethe y a Wagner para fortalecer el sentimiento alemán durante la segunda guerra mundial, Latinoamérica con sus intelectuales[5] ha cargado la responsabilidad de no dejar en

[5] Recordando las palabras de Octavio Paz al señalar que la labor de los intelectuales de América latina ha sido, en general, catastrófica, a lo que Benedetti le ha contestado en su poema *somos la catástrofe* recordando que, aunque hemos sido los vencidos la verdad no siempre ha estado del lado de los vencedores.

el olvido su historia, una amalgama de elementos más o menos comunes que constituyen una cultura, amarrada, anclada en los fenómenos jurídicos de cada país.

Señala Vargas Llosa en su *elogio de la educación* (2015) que "el trabajo literario conlleva una responsabilidad que no se agota en lo artístico y está indispensablemente ligada a una preocupación moral y una acción cívica" (p. 63), este compromiso cívico consiste según el autor en escribir comprometidos con el problema de nuestros tiempos, con la convicción de que escribiendo puede ayudar a los demás a ser más libres, sensibles y lúcidos. Estas palabras al igual que las enunciadas en el poema *el sur también existe,* de Mario Benedetti publicado en la obra *Preguntas al azar* (1986), constituyen un grito desesperado de nuestra existencia. Este grito es la existencia del sur que sólo puede ser entendida por quien nace y crece escuchando de las narraciones orales todo lo que significa el sur; pretender no sólo comprender sino determinar (con ese determinismo de observador) el fenómeno constitucional latinoamericano como observador y no como protagonista no es ver el vaso medio vacío sino completamente al revés.

El sistema democrático en América Latina que empezó con gran brío, y que es bandera de este nuevo movimiento constitucional, en ocasiones se presenta como una representación mayoritaria que abandona el propósito común de la defensa de los principios mismos del Estado Social y democrático de Derecho, y los derechos de las minorías. En el estudio de Nohlen (2011) el nivel de inconformidad de la democracia en Latinoamérica pasaba del 65% en 1996 a 66% en el 2003, y nunca ha estado por menos del 50% de inconformidad, la democracia no ha podido consolidarse aun en la región, quizá se deba, en parte a la competencia partidista abierta que en los últimos

años han procurado por imponerse en cada periodo con una historia de gobierno nueva que erradique desde la raíz el gobierno anterior, aquí nos referimos al debilitamiento del Estado de Derecho que imponga patrones de comportamiento a la élite política, reprochando así el clientelismo, la corrupción y la lucha electoral sin argumentos.

La imposibilidad de la consolidación de la democracia en América Latina se comprende desde los elementos discursivos de la región que han pasado de radicales extremos, desde el nacionalismo, el desarrollismo, el antiimperialismo y hoy con mayor fortaleza el colonialismo interno y el de-colonialismo; conflicto armado interno, régimen militar fuerte, dictaduras de izquierda y de derecha, sin contar con el estudio jurídico que va desde la vocación por el monismo constitucional o el dualismo jurídico, hasta el imperante acatamiento de los escenarios propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son algunos de los elementos a tener en cuenta cuando pensemos en América Latina.

En este sentido Francisco Zapata (2010), expone un elemento económico importante también a tener en cuenta, el autor propone que el desarrollo de las sociedades latinoamericanas debe estudiarse desde el desarrollo de las sociedades industrializadas, se parte de que los vínculos económicos denotan una profunda subordinación de la periferia con el centro, al punto que los procesos ocurridos en su interior están determinados y condicionados (p. 269). Esperamos que este nexo entre la periferia y el centro, sea influenciado por las relaciones de los diferentes actores sociales de la periferia (grupos de presión, partidos políticos, gremios económicos, entre otros) el deber ser es que la verdadera intensión de estos grupos sea el de representar los valores y principios

culturales enunciados en la Carta Política. Al respecto, podemos comprender esta función de los grupos de los diferentes actores sociales de la periferia, en la forma de interpretación desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-214 de 2016 así:

> La utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución. En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas.

En este sentido, la interpretación constitucional, al igual que el desarrollo de los Estados Constitucionales debe encontrar su fundamento ideológico en la materialización de los valores y principios señalados en la constitución del Estado.

Capítulo 3

3. Análisis sobre las verdades objetivadas del Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Espejismos al descubierto.

> El derecho a la Constitución es el derecho de todo ciudadano a la rebelión –pacífica y dentro de los cauces institucionales – contra la arbitrariedad y los abusos de poder. Y, al mismo tiempo, es la expresión de una noble y justa esperanza; convertir en realidad los ideales de libertad, igualdad y fraternidad (…)
>
> Manuel José Cepeda Espinosa (1993, p. 163)

3.1 Espejismos de las verdades objetivadas: El caso del Neoconstitucionalismo

Como se ha venido explicando desde el capítulo anterior, el término neoconstitucionalismo(s) hace referencia a distintas posturas iusfilosóficas respecto a la forma de interpretación constitucional de las constituciones surgidas después de la posguerra, en lo que no reconocemos en este escrito, un movimiento teórico con una metodología y una fundamentación ideológica propia, se trata de propuestas de diferentes autores, que analizan la forma silogística de la interpretación constitucional y su esquema argumentativo. En este sentido, resultaría adecuado para esta propuesta iniciar haciendo referencia al esquema teórico del constitucionalismo y su fundamentación ideológica para comprender el surgimiento del neoconstitucionalismo y hacer en este último movimiento las precisiones correspondientes.

La primera cuestión que entraremos a analizar consiste en el carácter conceptual del constitucionalismo.

Recordemos que el constitucionalismo ha sido definido por exponentes como Miguel Carbonell (2015) como una "filosofía" en estos términos:

> El constitucionalismo como filosofía política aspira en lo fundamental a una sola cosa: controlar el poder con el fin de preservar la libertad, si recurrimos a la conocida formulación de Montesquieu. Para ello es necesario que cada Estado se dote de una regulación básica de carácter unitario: La constitución escrita (p. 89).

Por su parte, otro exponente importante del Derecho Constitucional, como lo fue el colombiano Luis Carlos Sáchica (2002), quien además fue Magistrado de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, nos señala el siguiente concepto:

> El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley (p.2).

En esta definición, Sáchica (2002) hace referencia al constitucionalismo como un proceso histórico del que surge el Estado Constitucional, señalando además que esta nueva esencia del Estado, contiene un núcleo ideológico consistente en la cosmovisión del individuo de la época y en su capacidad para racionalizar los fenómenos del mundo, incluyendo el poder político.

Otros debates se generaron en torno a la concepción de lo que el término constitucionalismo significaba, así Ferrajoli (2010), al cuestionar la terminología del *neoconstitucionalismo* señala entre las diferentes acepciones de la palabra constitucionalismo una propuesta jurídica y otra de carácter político, que en últimas debe ser presentado, según el autor, como un modelo de organización institucional que consiste en el Estado Constitucional de Derecho. Esta propuesta de redefinición, ha sido quizá la más expuesta al debate, autores como Paolo Comanducci (2011) presentaron una crítica a esta visión, en cuya posición la variedad empleada por Ferrajoli presenta a su juicio incongruencias de un modelo que al ser político lo es también jurídico, y que en general, sería más conveniente utilizar la división analítica que presenta Bobbio al definir el positivismo desde un punto de vista metodológico, ideológico y teórico, a lo que concluye el autor sin tachar de falsedad la propuesta de Ferrajoli, considerarla menos útil (2011,p.99).

En relación al concepto de Ferrajoli, también es importante destacar la crítica que realiza Manuel Atienza (2011) en los siguientes términos.

> Antes de entrar a tratar los «errores interpretativos» de Ferrajoli, quisiera dejar constancia de dos acuerdos previos. El primero consiste en que a mí también me parece equívoco y desaconsejable

> el uso del término «neo-constitucionalismo». No estoy muy seguro de que «constitucionalismo» sea una expresión del todo afortunada pues es también notablemente ambigua, pero, en todo caso, me parece preferible a la otra. El segundo acuerdo se refiere a la necesidad de hacer una distinción dentro de las teorías constitucionalistas (previamente diferenciadas del constitucionalismo como hecho histórico). Los rótulos que él utiliza me parecen más o menos aceptables, al igual que la adscripción de autores a uno u otro de esos dos grupos; yo había hecho, precisamente en un trabajo de hace algunos años dedicado también a polemizar con Ferrajoli, una clasificación parecida. En lo que no estoy de acuerdo es en la caracterización que presenta de uno de esos dos grupos de autores: el del constitucionalismo principialista, argumentativo o (como me parece que es mejor denominarlo) no positivista o postpositivista (p.75).

En cuanto a las características del Estado Constitucional, en el análisis histórico- descriptivo que hacen los autores, se señala en general que el Estado Constitucional surge entre el siglo XVII y XVIII como respuesta a la arbitrariedad del poder político, sus características principales consisten en consolidar un Estado de derecho, en el cual el poder político se encuentra sujeto a una norma, en este estado el origen del poder soberano reside en el pueblo con un gobierno representativo. El pilar fundamental de este tipo de Estado es la constitución de ahí su denominación, se trata de una constitución sujeta a principios universales, de una norma suprema orientadora del poder político.

En este sentido concluimos en que no es lo mismo el Estado Constitucional del término Constitucionalismo, no obstante el análisis descriptivo- histórico del surgimiento del Estado Constitucional evidencian un modo nuevo de pensar el Estado, en señalar principalmente la necesidad de una base ideológica de legitimación del poder político que se encuentre en un poder

soberano racional, único e indivisible, en esta base ideológica se ha reconocido el poder soberano en el pueblo o nación, cuyas determinaciones para orientar el ejercicio del poder político se encuentran condensadas en un instrumento jurídico: Constitución escrita.

En los Estados Constitucionales, la legitimidad del poder político se encuentra entonces en los principios y valores constitucionales que se encuentran declarados en la constitución escrita, a su vez cualquier ejercicio de interpretación constitucional debe hacerse desde la valoración de estos principios y valores declarados e insertados por el constituyente primario en la forma determinada en la que ha construido su propio Estado. El principio de supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, adquieren gran importancia como mediador entre el texto escrito y los elementos culturales de la sociedad, es en este aspecto en donde el concepto de ideología desde un sistema cultural adquiere sentido, puesto que los principios llenan el contenido de los valores, y a su vez estos principios son comprendidos desde las específicas estructuras de creencias y valoraciones de la cultura que como elemento vivo y activo orienta el actuar político.

En este sentido podemos decir que el constitucionalismo tiene como punto de eje el análisis histórico del Estado Constitucional constituyéndose así un análisis de Teoría del Estado. Ahora bien, al tratarse de un análisis de Teoría del Estado, no queremos significar con ello que desde el estudio de la ciencia del Derecho no deba realizarse un análisis importante del desarrollo jurídico de los Estados Constitucionales, sabemos que en sentido amplio la Teoría del Estado se puede comprender como parte de la Ciencia Política, sin embargo los fenómenos de la política regresan a la instrumentación y regulación a través de los fenómenos jurídicos para posibilitar el

funcionamiento y desarrollo de cada Estado, entonces no es nuestro propósito quedarnos en la discusión bizantina sobre la importancia de la Ciencia Política y el Derecho, y sobre la relevancia de uno sobre el otro, simplemente apuntar que el análisis descrito por los autores constitucionalistas impulsores de esta corriente apuntan en primera medida a un análisis de Teoría del Estado. Por otra parte, en cuanto a sus desafíos normativos y las formas de interpretación jurídica que en cada Estado Constitucional se desarrollen, serán analizados desde la Teoría del Derecho y de Teoría de la Interpretación Constitucional respectivamente, los cuales deberían ajustarse de acuerdo a las específicas valoraciones culturales y creencias expresadas por determinada sociedad en el texto constitucional, la *ideología* de la carta.

Paolo Comanducci, traducido por Miguel Carbonell, presenta en un texto titulado *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico (2002),* en el que inicia aclarando que el término constitucionalismo se utiliza para designar una ideología y/o teoría y/o método de análisis del derecho, y con ello establece tres definiciones tipológicas distintas.

La segunda cuestión a analizar consiste en el fundamento ideológico del Estado Constitucional, el cual tiene su fundamento ideológico, señalado por Hauriou (1971) citado por Sáchica (2002) así:

> A) La confianza del individuo, confianza que se traduce institucionalmente en la libertad-facultad, en el ciudadano deliberante, sufragante, y en la representación sin mandato imperativo. B) La creencia en el valor del diálogo, entendido como un intercambio libre de opiniones y de acciones, que sirve de procedimiento civilizado para buscar la verdad y establecer la justicia, C)

> El gusto por la organización racional nacido de la convicción de que el mundo es inteligible, que está gobernado por unas leyes fundamentales que pueden captarse y cuyos efectos son previsibles y calculables, de modo que la vida puede planificarse para conseguir una coexistencia racional entre poder y libertad (P.66).

Ahora bien, este fundamento ideológico que es en sí mismo una escogencia política, direcciona el desarrollo de un determinado ordenamiento jurídico que permita su cumplimiento;

> Si bien es cierto, desde la perspectiva diacrónica, el derecho aparece como un elemento neutral frente al fenómeno político, y por esta razón se le clasifica como objetivo, no se puede caer en el simplismo de pensar que tal conclusión no es en sí misma producto de la escogencia de una opción política (Morelli, 1994, 222).

En ese sentido, para que el derecho en el marco de este Estado, logre los objetivos de certeza jurídica, seguridad jurídica, justicia y demás valores nacidos de las revoluciones liberales, se requerirá que cada una de estas definiciones sean guiadas por lo que, al tenor general de la ideología política escogida, se consideren como tales, así el tema de la legitimación de las acciones estatales en busca del logro de los fines del Estado dependerán de la coherencia de la actuación en concordancia con los valores y principios de cada Estado, emanados de un ejercicio lingüístico cultural de cada sociedad.

Al respecto señala Morelli (1994), deben extraerse las diferentes concepciones al interior de la sociedad existentes en un momento histórico, los valores comunes que hacen posible la

convivencia pacífica, una visión del mundo que es luego objetivada al traducirla en términos jurídicos.

En este sentido el concepto de lo ideológico tal como lo hemos señalado en este escrito, se refiere a valores y elementos culturales propios de una sociedad en un momento histórico, que devienen como lo señala Geertz (2003) de una parte de la cultura activamente interesada en establecer y defender una estructura de creencias y de valores, aspecto que no puede reducirse a una ideología política determinada, pues en el caso Colombiano para 1957, el esquema de creencias y valores defendibles por el Estado, dependían de la alteridad política entre liberales y conversadores, en consecuencia cada cuatro años el principio constitucional del Estado era la libertad o la unidad, posturas políticas que eran radicalmente opuestas, que mantenían una sociedad *esquizofrénica* respecto a la forma correcta de actuar o de no actuar.

Para el desarrollo del Estado Constitucional, se debe además tener unos presupuestos sociales, políticos e institucionales, el primero se refiere siguiendo a Hauriou (1971), a la constitución de un cuerpo social en el que los individuos son iguales en derechos, el segundo consiste en la alternancia en el poder entre mayorías y minorías, en la que existe garantía sobre el derecho a la censura y a la oposición de las minorías, en este sentido quien gana no es ganador absoluto, el tercero consiste en un sistema de poderes balanceado que permita la independencia y vigilancia entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, y que defina un sistema de competencias entre el gobierno central, regional y local.

En la práctica este Estado Constitucional que es también un Estado de Derecho presentó un profundo respeto por un orden jurídico, a tal punto que este orden mantenía su estructura formal muchas veces sin garantías materiales a los individuos, desarrolló una democracia representativa en el que las mayorías imponían su concepción de vida a las minorías que eran múltiples y radicalmente opuestas, por lo que el diálogo matizado de las propuestas de gobierno de turno era en distintas ocasiones infructuoso o sin ningún interés en realizarse, en consecuencia en busca de mantener el orden como principio universal supremo y siendo que la constitución era el instrumento orientador del poder político, se recurría con frecuencia a la figura de las reformas constitucionales para justificar las actuaciones del ejecutivo, dando paso en ocasiones a las dictaduras constitucionales.

La historia nos ha mostrado las desventajas de los presupuestos estructurales del Estado Constitucional, a través del caso alemán en la segunda guerra mundial, nos parece también importante, referirnos a las fallas estructurales de este tipo de Estado para el caso colombiano a través de la puesta en marcha de la constitución de 1886 específicamente al punto de transición a la constitución de 1991, es importante para la comprensión de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda guerra, analizar desde su base ideológica, los contextos sociales y culturales a los que hacen referencia, y aunque usualmente los estudios de derecho constitucional nos orientan a mirar a Europa, no lograremos tener una comprensión detallada del constitucionalismo si olvidamos mirar el contexto de los países de América del sur, y en este caso particular, el caso colombiano.

En el contexto nacional, los interrogantes de las revoluciones liberales de Francia, Inglaterra y Estados Unidos que dieron origen al Estado Constitucional, fueron muy distintos a los nuestros, el proceso de independencia (1810) impregnaba un discurso liberal que en realidad no era del todo claro, producto de ello al revisar la historia colombiana podemos notar que gran parte de las entonces provincias eran realistas y no deseaban un proceso de independencia, desde entonces hubo una permanente búsqueda por la consolidación de un Estado Nacional que unificara el territorio nacional, encontrando unidad en la diferencia aun de forma armada y violenta; la incomprensión de las diferencias y el error de simular los efectos jurídicos de otros países, trajo a la postre inequidad, desigualdad, vulneración de derechos y la interiorización de la fuerza armada para imponer voluntades y decisiones políticas. Al respecto Valencia Villa (2010) señala el concepto de constitución y el constitucionalismo en Colombia así:

> El constitucionalismo como artesanía jurídica y de las constituciones como instrumentos de gobiernos y partidos para imponer el orden político y la paz social a los contenciosos, pero virtuosos colombianos. En suma, la historia constitucional tradicional no es más que una criatura del régimen, destinada a generar una actitud de solidaridad y apoyo hacia las clases dominantes y sus partidos gobernantes (p. 53).

En este contexto una de las características de mayor relevancia en este Estado Constitucional fue el presidencialismo, la figura del presidente representaba y representa hoy aun, la unidad nacional, máxima autoridad de las fuerzas militares responsable de mantener el orden como el principio más relevante para el entonces naciente Estado colombiano. Esta característica asumió una gran relevancia en 1886 en el periodo conocido como La Regeneración cuya construcción discursiva

tuvo la influencia europea a partir de la idea de *nación* desde la unificación de la idea del ciudadano y del Estado, en este sentido a la fuerza se pretendió la homogenización del territorio nacional.

Para lograr el propósito de la llamada "civilización" defendida por el movimiento de La Regeneración, el presidencialismo asumió una forma particularmente autoritaria e interventora de la vida política, social y económica del individuo y la nación, una representación de lo anterior lo es la Ley 61 de 1888 que planteaba en el Artículo 2

> El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad o Establecimiento que bajo pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas.

La Ley citada, según señala Pérez & Espinosa (2020), no sólo facultaba al presidente a penalizar lo diferente sino a legitimar el pensamiento político y educativo hegemónico, singularizante y católico que era la piedra fundacional de la nación colombiana, en este contexto, el término *diversidad* no sólo era incompatible sino un riesgo para la consolidación de la unidad nacional. De esta manera, señalan los autores, el presidencialismo se presenta como una matriz ideológica que busca imponer una nueva estructuración del sistema político a partir de un principio de legitimización sustentado, según señala Echavarría citado por Pérez & Espinosa (2020) en:

> a) Una determinada interpretación de la historia que resignifica el pasado;
>
> b) Una resemantización de los fundamentos del poder político como constructor de orden social;

> c) Una estructura normativa capaz de articular los contenidos doctrinarios, jurídicos y organizacionales de la decisión política.
>
> d) Una narrativa lineal de la historia (nueva interpretación histórica) donde el periodo liberal se consideró como una época de fragmentación, decadente y primitiva (el pasado), que sumió al país en el caos, interpretación de la historia que sirvió como justificación- legitimación del proyecto de centralización de poder en el ejecutivo y de homogeneización simbólica y cultural (p. 5).

En este sentido, el papel el presidente desde la constitución de 1886 desde sus facultades ordinarias y extraordinarias consistía en la consolidación y la pacificación nacional, en el que cualquier indicio de explosión social y política estaba suprimido. Este contexto de abusos del poder presidencial, sumado a la falta de claridad y coherencia interna entre los aspectos sociales y culturales de la época con los valores y principios de la carta política impulsó el proceso constituyente de 1990.

La Constitución de 1886 estaba enmarcada en un Estado Constitucional, es decir, se reconocía la constitución como fuente principal, y la racionalización del poder político representado entre las distintas ramas del poder público, el modelo democrático representativo, y en algunas ocasiones hasta participativo (algunas acciones como la acción de nulidad, por ejemplo, permitían que el Consejo de Estado estudiara a través de esta acción dispuesta a cualquier ciudadano, la legalidad de una expresión normativa), sin embargo la defensa excesiva del principio de legalidad y de unidad nacional representados en el fuerte sistema presidencialista, no eran coherentes con el contexto ideológico de la sociedad colombiana de la época.

Los elementos culturales y sociales en el contexto de la constituyente de 1990 significaron la inclusión política de principios y valores defendidos desde el contexto armado, como la cosmovisión indígena defendidas por el movimiento Quintin Lame, así mismo no necesariamente desde la lucha armada pero si desde el escenario social, se defendía la coexistencia de distintas razas, los pensamientos de la clase obrera (el movimiento sindicalista de la época) y el fortalecimiento de la naciente ideología de izquierda en América latina (esta última desde movimientos armados).

La carta política de 1886 había sido un espejismo producto de la necesidad de objetivar el modelo constitucional colombiano, con rasgos del *constitucionalismo* como el reconocimiento de una carta política, el modelo de democracia constitucional, la división de poderes; Sin embargo fue un simple espejismo, porque hubo una ausencia del elemento ideológico de la época, por lo que terminó siendo insostenible puesto que la carta política no reflejaba el contexto ideológico de la cultura y de la sociedad colombiana, sino propuestas individuales de los partidos políticos tradicionales. En otras palabras, una apuesta descriptiva y teórica nunca será suficiente, sino se pone sobre la marcha en el escenario cultural que le corresponde.

El Estado colombiano se sostuvo desde 1886 hasta 1991 con la carta política de 1886 y un gran número de reformas constitucionales, que intentaban de a retazos ajustar la carta a las circunstancias históricas del momento; en este trayecto el texto escrito intentó ajustarse o soportar aspectos históricos como lo fueron, los fenómenos de guerrilla nacientes en América Latina, el

desarrollo de las ideologías de izquierda en el continente, la crisis económica de 1929, la modernización y el modelo capitalista después de la posguerra en 1949, en este contexto mundial aún en Colombia intentábamos (y aún intentamos hacerlo) resolver la cuestión agraria y la coherencia de nuestro modelo económico en la interpretación de nuestro mercado interno con las variables del mercado internacional.

En este pensamiento tan conservador, surge el movimiento del que ya hemos hecho referencia en este trabajo, que dio origen a la constitución de 1991, estas transformaciones de la periferia cada vez más nos permitían visionar un concepto de nación diferente en el que la figura del presidente no fuera la más relevante, cabe resaltar que desde 1984 con el Decreto 1038 de 1984 hasta 1990 Colombia se encontraba en un ininterrumpido Estado de Sitio, y aun en este contexto el presidente Virgilio Barco mediante el Decreto 927 de 1990 visiona de manera diferente el concepto de nación así:

> La nación constituye, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que le hayan habilitado para actuar, sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

Así mismo, esta relación entre el poder constituyente primario y su carta política, y la necesidad de reflejar un fundamento ideológico entendido desde los principios y contextos culturales del Estado, alcanza un mayor reconocimiento al analizarse la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990 "por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público" (Asamblea

Constitucional). en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia n° 138 de octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990), en los siguientes apartes:

> La norma básica de un orden legal nacional no es producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos. La función de la norma básica consiste en hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, y ello significa la interpretación de hechos como la creación y aplicación de normas válidas. Por lo tanto, un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a el, por lo menos en cierto grado. La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad, de su eficacia. La relación que existe entre la validez y la eficacia de un orden legal -es, por así decirlo, la *tensión entre el deber 'y el ser'*- puede determinarse solamente por niveles máximos y mínimos... La eficacia del derecho pertenece al ámbito de la realidad y se llama frecuentemente el poder del derecho. Si sustituimos eficacia por poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en el problema más común de 'derecho capacidad'. Y entonces la solución aquí presentada se convierte tan solo en la expresión precisa del truismo según el cual aunque el derecho en sentido objetivo no puede existir sin poder, sin embargo, dicho derecho y poder, derecho subjetivo y capacidad, no son lo mismo. (Kelsen, Hans, teoría General del Derecho y del Estado', Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1949, pp. 115 a 121).
>
> Pero el asunto es de mayor calado: El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (Vid. Del Vecchio, Giorgio y Recasens-Siches, Luis, "Filosofía del Derecho", Unión Tipográfica y Editorial Hispano Americana-UTHEA, tomo I, México, 1946, pp. 153-155).

> Uno de esos valores es la paz; no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra constitución, que conforme dice la Sentencia numero 31 de mayo 19 de 1988 (MM. PP. doctores Hernando Gomez Otalora y Jaime Sanín Greiffenstein) proferida por esta Corporación, sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones.
>
> Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevara necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad.

La constituyente de 1990 y la constitución de 1991 fue un intento valioso por representar los principios y valores culturales del Estado en una carta política y a su vez consecuentemente con las circunstancias internacionales del momento, comprender de manera anticipada que el texto escrito debía interpretarse en razón de estos principios y de los derechos fundamentales, fue el reconocimiento de la norma escrita más allá de lo formalmente escrito, nuestros interrogantes fueron sin duda más complejos a los que se vivieron en Europa para el cambio de la noción de constitución en la segunda posguerra; pues en un mismo momento histórico intentamos resolver dos cuestiones, la primera consistía en la comprensión de un Estado constitucional en el que la soberanía descansa en el pueblo y no en reforzar el presidencialismo como el reflejo de la unidad nacional. A su vez, la segunda cuestión consistía en que la constitución siendo un producto deliberativo, no fueren comprendido desde el formalismo de una norma escrita, sino desde la materialización de los ideales de los ciudadanos (valores y principios constitucionales).

En relación a las diferentes características de la interpretación constitucional, la especial forma de interpretación constitucional que surge después de la posguerra, ha sido divulgada por diferentes teóricos del Derecho Constitucional en el mundo, y sus aportes son ampliamente conocidos por los tribunales constitucionales. A diferencia del constitucionalismo, definido en este trabajo como un estudio histórico y político del derecho constitucional, cuya fundamentación ideológica se encuentra en los principios, valores del contexto histórico en el que surge el Estado Constitucional en la racionalización del poder político y la legitimación del poder soberano, el neoconstitucionalismo al que hizo referencia Pozzolo (1998) no consistió en una corriente constitucional, sino a diferentes aportes independientes de autores al proceso de interpretación constitucional en las constituciones surgidas en la segunda posguerra.

De los autores que mayor interés han presentado en la defensa de la propuesta neoconstitucionalista, ha sido Miguel Carbonell (2003) en la obra titulada *Neoconstitucionalismo(s)* , en la que se recogen diferentes aportes independientes, entre los cuales haremos referencia al texto de Figueroa (p. 159-186), quien señala que el neoconstitucionalismo se refiere precisamente a un conjunto de teorías que forman una base de teoría constitucional iusnaturalista que comprende el derecho a partir del derecho constitucional; nótese que en esta postura de Figueroa, esta nueva pretensión constitucional no desmerita el orden ni la construcción de la teoría del Estado que se origina del constitucionalismo, sino que lo toma como base para referirse a nuevas interpretaciones de la carta política.

Así mismo, el transcurrir discursivo de los pocos defensores de este movimiento han mostrado como una novedad el sistema de principios y la necesidad de la vocación del Estado de satisfacer los derechos de sus asociados, fundamentando su postura en fundamentos teóricos de autores que se han mostrado diferentes y alejados de este llamado nuevo movimiento; al respecto en un texto del 2008 Carbonell, apoyándose teóricamente en un fundamento explicado por Ferrajoli (2007) pretende mostrar la importancia del neoconstitucionalismo así:

> El neoconstitucionalismo asume diversos presupuestos que no siempre quedan claros y pueden suscitar confusiones. Vale la pena recordar que para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales. En este contexto, el Estado no se justifica a sí mismo. La racionalidad autosuficiente de una burocracia que se enriquece en el ejercicio del poder público y cuya única finalidad es eternizarse en su tarea de usufructuar el aparato gubernamental es desechada por los teóricos neoconstitucionalistas (Carbonell, 2008, p.10).

Seguidamente desarrollaría el autor en el 2010 en el texto *el canon neoconstitucional*, en el capítulo *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en el que expresaría su concepto de neoconstitucionalismo así:

> El neoconstitucionalismo entendido como término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del estado constitucional contemporáneo (...) considero que como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie de compleja de fenómenos, el

> neoconstitucionalismo si supone una novedad dentro de la teoría y la práctica del Estado constitucional de derecho (Carbonell, 2010, p. 161).

En esta oportunidad el autor hace referencia al término como un concepto que surge de explicar fenómenos comunes ocurridos en el Estado constitucional de derecho después de la segunda guerra mundial, sin embargo el uso del lenguaje del autor respecto a la denominación de lo que él indica como neoconstitucionalismo debe ser más claro, pues no debió compilar textos en defensa de una *teoría* en el 2008, y luego dos años compilar y escribir el *canon neoconstitucional* (2010) estableciendo en el título de su obrar la pretensión de un *canon* al que termina denominando un concepto, el lenguaje debe tener un uso representativo en el cual proposiciones o términos elementales se presentan con algún significado, de lo contrario su uso parecería más tautológico en el que a pesar de estar debidamente construido, sus proposiciones lógicas carecen de sentido y significado.

En el *canon neoconstitucional* el autor, Carbonell (2010), presenta autores que cuestionan el neoconstitucionalismo (sin presentarnos una mayor definición sobre su concepto), y respecto a quienes le denominan como una "etiqueta vacía", se propone una defensa del término (sin presentarnos hasta ahora su concepto) al referirse a tres niveles de análisis del neoconstitucionalismo. Es decir, en el texto indicado el autor sin presentarnos en el término una explicación de su sentido y significado, sin señalar una metodología para su estudio, pretende que comprendamos un nivel más complejo de aprendizaje que consiste en aprehender los tres niveles de análisis de este término, haciendo referencia a ellos en el siguiente orden:

Primero se refiere a los textos constitucionales, señalando que el neoconstitucionalismo*(*s*)* pretende explicar un conjunto de textos constitucionales, que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX (Carbonell, 2010, p. 161). En realidad, esta propuesta del autor, no parece representar un *nivel de análisis* como lo propone el autor, sino una propuesta histórica- descriptiva de los textos constitucionales de algunos Estados, en el periodo de la segunda posguerra, es una descripción de las características, algunas comunes otras muy diferentes entre sí, de los textos de la segunda posguerra, estudios independientes que ya existen sin ser exclusivos de este neoconstitucionalismo por lo que no existe novedad alguna.

En el segundo nivel de análisis el autor se refiere a las prácticas jurisprudenciales, al respecto indica que, como consecuencia de los textos constitucionales, la práctica de los Tribunales y Cortes Constitucionales ha ido cambiando también, señalando que los jueces han tenido que hacer uso de técnicas de interpretación para la comprensión de los principios constitucionales y los valores constitucionalizados, señala en este aspecto el autor que el neoconstitucionalismo genera una exposición de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado antes (Carbonell, 2010, p.163). En este punto debemos reconocer que, en los últimos tiempos, ha existido un mayor grado de desarrollo teórico en las técnicas de interpretación constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales, pero esto no es una consecuencia del neoconstitucionalismo, no ha sido la pretendida teoría o concepto

lo que ha generado este grado de activismo judicial, como sí lo ha sido la falta de articulación de los organismos que hacen parte del desarrollo de los Estados Constitucionales.

El activismo judicial ha sido producto de las debilidades en la coherencia práctica del esquema de principios, valores y derechos fundamentales en relación con el desarrollo del Estado, y este punto no puede quedarse en el estudio lógico sino sociológico de los fenómenos sociales y políticos que cada Estado Constitucional ha enfrentado; no debemos perder de vista, que el objeto de estudio del Derecho Constitucional en su sentido más clásico es la política, y son los fenómenos políticos los que se encuadran en la norma jurídica superior para el desarrollo del Estado, aunado a esto, el derecho como fenómeno cultural se transforma y con esa transformación también el desarrollo de las funciones de los organismos que hacen parte de la organización estatal, no podrá pretenderse que el derecho sea estático, inmóvil y perenne frente al constante movimiento cultural, social y político.

Desde 1953 (mucho antes que se implementara la palabra neoconstitucionalismo en la teoría constitucional) con la publicación de la obra Tópica y jurisprudencia del jurista alemán Theodor Viehweg, se estudia el análisis de la jurisprudencia. La propuesta teórica de Viehweg es un llamado a pensar el problema y no la respuesta correcta a nivel normativo, este no es un análisis de un jurista sino de un filósofo del derecho, quien previó después del holocausto nazi una dogmática jurídica asociada a una ideología, un intento por salvaguardar el Estado de Derecho desde la concepción de dogmas jurídicos que parten de una teoría de base como un conjunto de ideas, creencias y valores que dan contenido a una dogmática jurídica y explican el contenido de las

normas jurídicas en determinado momento histórico (Roesler, C, 2006, p.296). En este esquema especial de pensamiento basado en el problema, Viehweg (2007) define el problema en estos términos:

> Para nuestro fin puede llamarse problema - esta definición basta- a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución. El desarrollo se puede describir abreviadamente del siguiente modo: al problema, a través de una formulación adecuada, se le introduce una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema (p. 57).

Seguido de la definición del problema y de la importancia de un tipo de pensamiento orientado a descubrir la solución al problema entre las posibles, Viehweg hace referencia a los tópicos tanto generales como particulares, y a su función de servir a una discusión de problemas en el marco del *ars inveniendi (*tópica) o el procedimiento de busca de premisas para dar solución a un problema en el marco de las soluciones posibles.

En este sentido, desde Viehweg y no desde el neoconstitucionalismo, ya existía un tipo de pensamiento basado en la identificación y formulación de problemas, que con un sistema de tópicos (*topois y ceteis)* en el marco de reglas lógicas, orientarán entre tantas respuestas posibles,

la solución correcta para el problema planteado con las particularidades que le sean propias, con lo que se logra el estado efectivo del derecho, sin que esta sea igual para todos los casos y perenne en el tiempo, sino cambiante de acuerdo al uso del lenguaje, Viehweg lo expone en estos términos:

> Hoy entra claramente dentro de nuestro conocimiento que el lenguaje unifica una casi inabarcable plétora de horizontes de entendimiento, que varían continuamente. Aprehende de modo incesante nuevos puntos de vistas inventivos, según el modo de la tópica (...) partiendo de una comprensión provisional del conjunto del derecho, se forma la comprensión de los hechos, la cual a su vez repercute de nuevo sobre la comprensión del derecho (2007, p.141-143).

De igual forma, la determinación de los valores y la cultura en el uso del lenguaje ya ha sido un tema de estudio por los filósofos del lenguaje, mucho antes que por los llamados neoconstitucionalistas. Desde Wittgenstein hasta contemporáneos como Robles Morchón, Atienza y García Amado (estos dos últimos desde la teoría de la argumentación y su importancia en el derecho), al respecto en un texto de Wittgenstein de 1977 *Culture and value:*

> I often wonder whether my cultural ideal is a new one, i.e. contemporary, or whether it comes from the time of Schumann. At least it strikes me as a continuation of that ideal, though not the continuation that actually followed it then. That is to say, the second half of the 19th Century has been left out. This, I ought to say, has happened quite instinctively & and was not the result of reflection If we think of the world's future, we always mean the place it will get to if it keeps going

> as we see it going now and it doesn't occur to us that it is not going in a straight line but in a curve & that its direction is constantly changing. (p.19)

Es decir, las circunstancias según el autor, no se mantienen inmóviles y no podemos esperar pensar en el futuro pretendiendo que vivimos en una línea recta, sino que se mantiene en curvas que cambian de manera constante la dirección. Es asombroso (para algunos inquietante) que después del *Tractatus Logico-Philosophicus* publicada en 1921, se publique de parte de este mismo autor unas notas en 1977 relacionadas con el valor y la cultura en el uso del lenguaje, y a las que aquí hacemos referencia pues consideramos que este desarrollo del lenguaje (también lo es el lenguaje jurídico), es coherente a los significados determinados por una sociedad en una cultura y un momento determinado.

En relación al tercer criterio de análisis que propone Carbonell (2010), señala que el neoconstitucionalismo tiene desarrollos teóricos, al respecto señala en estos términos:

> Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Lui Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no sólo para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (p.165).

Es difícil comprender que este último punto de análisis sea un llamado a la generalización en conjunto de aportes de distintos autores a la teoría de la interpretación constitucional y a la teoría de los derechos fundamentales, mayor dificultad el poder pensar que los autores citados se reconocen como partidarios y defensores del neoconstitucionalismo por la cita que se haga de ellos y no por su propio auto reconocimiento, consideramos que no se puede transpolar el desarrollo teórico de los autores citados al intento de fundamentación teórica e ideológica del neoconstitucionalismo por parte de Carbonell, ya que no ha sido su intención teórica ni su interrogante en los textos que estos autores han desarrollado.

Para este mismo año (2010) , otros autores como Leonardo García Jaramillo en el texto *Buenos Tiempos para el Neoconstitucionalismo (Sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional)* expresaron su defensa al neoconstitucionalismo desde la explicación de la investigación de la autora Laura Clérico que en su tesis doctoral defendida en el año 2000 en la Universidad de Kiel, en trabajo asesorado por el Doctor Robert Alexy, desarrollaría un gran aporte a la comprensión del principio de proporcionalidad, en este punto aclaramos que los avances teóricos al principio de proporcionalidad para la solución de casos difíciles son muy importantes y se reconocen dentro de la teoría de la interpretación constitucional, y de hecho los aportes de la Dra. Clérico son relevantes para reconocer que más allá de la estructura formal de los textos jurídicos, la jurisprudencia y el derecho constitucional, debe existir una fundamentación, justificación o argumentación ideológica en el sentido de un sistema de creencias y culturas propias que permitan una mejor interpretación del contexto jurídico, por ello nos permitiremos citar algunos apartes del texto de García Jaramillo (2010) en el que se hace referencia a la investigación de la profesora Clérico así:

> En este sentido una tesis que se sustenta en el libro, expresa que el examen de proporcionalidad debe interpretarse en principio como un examen formal-procedimental bajo consideración de sus tres submandatos. Formal porque no exige que su resultado corresponda a valores materiales. Se desarrolla entonces en virtud de reglas y procedimientos que se deben seguir si se pretenden reglamentar derechos cuya validez iusfundamental se evalúa. Los criterios de decisión de la concepción formal son los tres submandatos de la proporcionalidad en sentido amplio, mientras que las exigencias de fundamentación son la proporcionalidad entre la intervención a un derecho fundamental bajo consideración y la importancia del derecho o bien opuesto. En los casos difíciles dicha proporcionalidad depende enteramente de los argumentos que, en el caso puntual, pueden respaldar posiciones a favor o en contra de cada uno de los principios en colisión. De aquí la necesaria articulación entre la proporcionalidad, en particular la ponderación como su epicentro, y la argumentación (p.326).

Frente a esta necesidad, reconocimiento y aporte a la falta de una dogmática para la aplicación de los derechos fundamentales, la autora genera un sistema de tres tiempos que reconocen no sólo una mera argumentación sino unas reglas que medien esta argumentación en el desarrollo de la proporcionalidad:

> De esta forma se demuestra que un modelo de proporcionalidad orientado por reglas se aleja del criticado modelo de ponderaciones ad hoc donde el tribunal adquiere un amplio margen de discrecionalidad para resolver el conflicto entre derechos. Se advierte, sin embargo, que el modelo de proporcionalidad orientado por reglas requiere de una dogmática de los derechos fundamentales crítica y de tribunales superiores que se consideren a sí mismos como sujetos institucionales que hacen parte de una comunidad argumentativa abierta al debate público, pues

> de lo contrario este examen puede ser utilizado como una herramienta para justificar un status quo que no hace más que perpetuar severas condiciones de desigual jerarquía social (p.331).

En este contexto, el neoconstitucionalismo no está claramente definido en su concepto y pretensión (de teoría o no), lo que podemos reconocer es el avance de la doctrina constitucional en las técnicas de interpretación de los textos constitucionales surgidos después de la segunda guerra mundial, y aunque en el segundo criterio de análisis señalado por Carbonell (2010) se ha insistido en comprender una nueva necesidad de defender la interpretación libre del texto con el pretexto de humanizar la norma reivindicando los derechos humanos y la dignidad humana como límite orientador del actuar del Estado. Reconocemos los valiosos aportes de los Tribunales Constitucionales dentro de la teoría de la interpretación constitucional a partir de la segunda posguerra, pero no pueden estos avances englobarse en su conjunto en una nueva teoría constitucional con una denominación de 1998 en adelante (*neoconstitucionalismo*), ya que no viene a responder una nuevo interrogante para el derecho constitucional, sino a profundizar criterios que ya fueron expuestos, estudiados y tal vez olvidados de otras épocas, y que hoy adquieren gran relevancia.

Consideramos también importante señalar, que este aporte relacionado con la ponderación en el principio de proporcionalidad, a nuestro juicio debe ajustarse no como crítica sino como complemento a la visión sociológica más que jurídica del derecho en sociedad, sin perder de vista el escenario "policontextual" en el que surge y se desarrolla el derecho de manera permanente, es en el esquema de valores de la sociedad y no de la constitucionalización de los mismos, que se

puede comprender un ejercicio de ponderación, Luhman (2013) señala en el punto específico de la ponderación de valores lo siguiente:

> Mientras la cuestión sean los valores y las decisiones, la sociedad opera así bajo la condición de la *incertidumbre autogenerada*. Primero genera el "marco" que determina que no se determina aquello que surgirá como decisión. Uno se tendrá que acostumbrar a las consecuencias para la interacción social, la constante continuación de comunicaciones modificadas y para la correspondiente cultura de la autorrepresentación (...) Más bien hay que contar con desarrollos propios del sistema jurídico, que son difíciles de sincronizar. Sin embargo, este sería un rasgo que es típico esperar de un sistema social funcionalmente diferenciado: que las modificaciones en los sistemas funcionales se producen al mismo tiempo más rápido y más despacio y que las sincronizaciones son cada vez más difíciles (p. 92).

En este sentido, no ha sido el movimiento *neoconstitucionalista,* sino la sociología jurídica y la teoría del derecho, quienes desde mucho antes, habían advertido la relación de los elementos sociales y culturales en la interpretación constitucional, de la manera que, este aspecto descriptivo de este supuesto nuevo movimiento, tampoco es novedoso.

3.2 Espejismos de las verdades objetivadas: El caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

En el capítulo segundo de esta investigación, al analizar el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano concluimos que en sus aportes, este movimiento liderado como una lectura desde

Europa (específicamente de España) a los países de América Latina, deja aún varios espacios para ser glosados, en primera medida la ausencia de una postura histórica- crítica de lo que se entiende por América Latina que no fue clarificada sino supuesta en el desarrollo de este movimiento; de igual forma, responder al porqué se trata de un Nuevo Constitucionalismo denominación que es comprensible cuando la lectura se hace desde un continente a otro en el desconocimiento de los procesos de decolonización impulsados en estos países, en este sentido no es una nueva forma de comprender el derecho constitucional, sino una nueva lectura para quienes no conocían de los proceso constitucionales vividos en América Latina.

En un texto del 2011 titulado *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* Roberto Viciano & otros, definen el *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* como una corriente constitucional en periodo de construcción doctrinal (p.20), en el primer capítulo de esta compilación, que es escrita por Roberto Viciano y Martínez Dalmau.

Luego en un texto del 2018 Martínez Dalmau señalará que el *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano,* se trata de una propuesta descriptiva de hechos expresada en los siguientes términos:

> En la doctrina suele conocerse como nuevo constitucionalismo latinoamericano al conjunto de Constituciones democráticas que se desarrollan en América latina desde la década de los noventa del siglo XX, y que conforman una nueva familia en la historia constitucional latinoamericana por cuanto coinciden tanto en determinados rasgos formales (uso de un

> lenguaje más habitual, mayor extensión...) como materiales (partes dogmáticas desarrolladas, generación de nuevos derechos, incorporación de mecanismos democráticos de toma de decisiones y control del poder) (p.139).

Entenderemos entonces que la pretensión de una "nueva doctrina" no podría tener lugar sin una fundamentación metodológica, y un estudio histórico y cultural que puedan fundamentar ideológicamente el desarrollo constitucional en América Latina, permitiendo así señalar más elementos para la discusión de la necesidad de nombrar o no, una nueva doctrina de derecho constitucional.

Este movimiento centra la atención en el concepto de soberanía que reside en el poder constituyente, definiendo el poder constituyente como el eje central de su propuesta, al respecto Noguera Fernández (2014) señala la comprensión de este concepto en estos términos:

> Un poder constituyente solo puede ser, en la actualidad, emancipatorio si a diferencia de la concepción clásica del poder constituyente, es capaz de redefinirse para entender los momentos político y jurídico, no como momentos separados y contrapuestos, sino como momentos simultáneos. Así como la visión estatista y vertical del derecho como único instrumento de emisión de mandatos para la consecución de los objetivos de libertad de la nueva clase o grupo dominante, sustituyéndola por una visión de creación e implementación popular y horizontal del derecho (p. 182).

El poder constituyente al que hace referencia el movimiento, es un poder constituyente no limitado y por eso mismo constituyente, por lo que adquiere una función legitimadora del poder político y sus decisiones, este poder absoluto es considerado motor de los cambios constitucionales y por ende está por encima de la constitución misma, aunque esto signifique en algunos aspectos la vulneración del principio de legalidad y del estado de derecho mismo. Curiosamente esta retórica discursiva pone de presente los hechos históricos que dieron origen al Estado Liberal en el caso de Francia, Inglaterra y Estados Unidos, y trasplanta estas nociones a la idealización de los movimientos constitucionales de Latinoamérica en las constituciones surgidas después de la segunda guerra mundial, sin revisar en detalle los aspectos históricos y las fundamentaciones políticas y culturales en los cuales se comprenden los movimientos en cada país de América Latina.

Esta postura acerca de poder constituyente es comprendida como la garantía primaria de la democracia en los Estados Constitucionales, sin embargo, tal vez sin proponérselo, los precursores de este movimiento no se han detenido a observar, como este poder constituyente representando a las mayorías, en un escenario deliberativo que finalmente desemboca en decisiones, puede producir el desconocimiento de los derechos de las minorías. En este sentido no puede reconocerse el poder constituyente como único elemento importante en el reconocimiento y desarrollo de los Estados Constitucionales surgidos después de la segunda guerra mundial, porque ello sería dejar en un único escenario todas las garantías ciudadanas, el escenario de la política.

Además de lo anterior, tampoco se encuentra un análisis histórico – crítico, de los elementos descriptivos de la propuesta, por ejemplo, enfatizan en que la Constitución de Colombia de 1991

es la máxima expresión del poder soberano, pues legitima el cambio constitucional promovido en 1990, omitiendo revisar que tal como lo señala Amador (2005)

> la cifra de abstención fue realmente escandalosa si se tiene en cuenta el apoyo popular que se requería para acompañar esta iniciativa, que supuestamente había nacido en el propio seno del pueblo autoconvocado. Aproximadamente el 74% de las personas con capacidad para votar se abstuvieron. (p. 110).

Otro de los rasgos que han distinguido los seguidores de este movimiento, es la amplitud de derechos y valores establecidos en las constituciones Latinoamericanas y el propósito de sus Tribunales Constitucionales en hacer pedagogía constitucional, en realidad para el caso colombiano como lo ha expresado Valencia Villa (2010) en el texto cartas de batalla, el proceso de las constituciones en Colombia fue reaccionario y obedeció a pactos políticos transitorios que desarrollaban el programa político del partido dominante en el momento, nuestra carencia consistió precisamente en no fundamentar el estado nación y en no buscar nuestra propia identidad, la constitución de 1991 nació sin el proceso de reconciliación social y por ello encontramos en su parte dogmática aspectos antitéticos como el modelo económico capitalista y la filosofía neoliberal, seguido de una cláusula social en el que se desarrollan los derechos sociales fundamentales.

Estas tensiones nos llevan a la ineficacia en ocasiones de los derechos fundamentales, y a reutilizar el principio de progresividad y no regresividad para poder sustentar, la protección de derechos

fundamentales a pesar de la imposibilidad económica del Estado (el caso del concepto de Estado de Cosas Inconstitucionales, la imposibilidad de garantizar los derechos de la población desplazada, de garantizar un sistema de salud en Colombia, y de garantizar el derecho a la paz en el marco de escenarios de conflicto, son ejemplos de esto)

Si la fundamentación ideológica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, no encontraba su sustento en la revisión histórica de los procesos diferenciados de cada uno de los Estados de América Latina, podría haber buscado en el sistema de creencias y valores (no nos referimos a un aspecto religioso) de su desarrollo, sin embargo en este aspecto no encontramos estudios sobre cultura realizados por este movimiento, en el caso colombiano por ejemplo encontramos entre 1970 y 1990 expresiones musicales que hacen referencia al costumbrismo y al historia de violencia armada en el territorio, así como a la inequidad de los recursos. El estudio de la música como cultura ligado a procesos políticos no es algo nuevo, estudios de sociología desde Adorno en adelante, hacen referencia a la importancia de las expresiones musicales en la cultura.

El otro aspecto que no ha resuelto la bandera de este constitucionalismo populista que es el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, es el paulatino debilitamiento del Estado de Derecho, en favor de la pretensión de satisfacer las decisiones democráticas representadas por mayoría absoluta, en este contexto el movimiento no se ha preguntado ¿Qué ocurre cuando las posiciones contra mayoritarias no reconocen los derechos de las minorías? clara situación, por ejemplo, ha tenido que afrontar la ciudadanía colombiana, respecto al debate para la legislación de la eutanasia, el gradual reconocimiento (sin que deba ser necesario un reconocimiento del Estado para la

garantía de los derechos fundamentales) de los derechos de la comunidad LGTBI, la inclusión desde la discapacidad y el género, entre otros aspectos.

En conclusión, resultaría más sencillo reconocer por parte de este naciente movimiento, el examen de las constituciones de algunos países de América Latina, sin la pretensión de fundamentar una "nueva" doctrina, de circunstancias que no son nuevas y que han venido desarrollándose de acuerdo a los contextos sociales, antecedentes históricos y contexto cultural en cada Estado, no es algo "nuevo" sino una señalización de algunos aspectos comunes en las constituciones surgidas después de la segunda guerra mundial.

Conclusiones

En el desarrollo de esta investigación, se analizó la importancia de la fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, específicamente el Neoconstitucionalismo (s) y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, significando en este proceso una reflexión desde los elementos de la cultura en los escenarios de desarrollo que corresponden a los Estados Constitucionales.

Se realizó un análisis conceptual sobre la noción de ideología, desde su función de deformación de la realidad, en la que la ciencia se opone a lo ideológico, advirtiendo la incongruencia de la idea frente a la realidad; hasta los conceptos relacionados con una idea cultural, en la que la ideología como sistema cultural tiene una visión crítica y justificativa de la estructura social, que motiva a la acción. Este estudió implico a su vez, la preocupación en torno a la función de legitimación del poder político desde la ideología.

Desde distintas perspectivas se ha analizado la relación ideología, legitimidad y poder, y se ha abordado la pregunta por el origen y permanencia del poder político soberano. En esta perspectiva el ejercicio del poder político requerirá de una base ideológica que legitime su permanencia. En esta propuesta, esta base ideológica es la ajustada a la historia, a los valores y a los elementos culturales propios de cada sociedad declarados en la Carta Constitucional y no debe sustituirse por

la ideología impuesta por una clase dominante o por una estructura discursiva de movimientos o teorías constitucionales sin la correcta lectura del contexto

Esta visión antropológica de ideología, que acogimos, propuesta por Geertz (2003), se refiere a una visión en la que se asocian los elementos de la cultura de manera tal que motivan a la acción, no desde un discurso aislado con pretensiones de objetividad y de universalidad, sino, por el contrario, determinado por un contexto social y cultural. En este sentido, las corrientes constitucionales mencionadas, fueron revisadas en cuanto a si constituían una propuesta retórica que poco tienen que ver con los principios y valores de los Estados y su desarrollo en sociedad y en ocasiones utilizados como discursos de legitimación de poder alejados de la realidad, o, por el contrario, si respondían a un aporte constitucional relevante, anclado en el deber ser de la fundamentación ideológica desde lo cultural.

Para la revisión de la fundamentación ideológica (desde la visión antropológica) de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, se presentó el marco teórico de la propuesta y los contextos en los que se desarrolló el Neoconstitucionalismo (s) y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, partiendo primero del concepto de Constitucionalismo y su origen, en un estudio histórico sobre las revoluciones que dieron origen al Estado Constitucional. De igual forma, se explicó el escenario histórico de la segunda guerra mundial y los sucesos de la posguerra, la forma en la que la interpretación adquiere relevancia de los Tribunales Constitucionales después de la segunda guerra mundial, punto de estudio descriptivo de los llamados neoconstitucionalistas.

En este recorrido conceptual, concluimos que el neoconstitucionalismo no está claramente definido en su concepto y pretensión, debido a los diversos escritores que hay sobre la materia, por lo que, a su vez, resulta imposible encontrar en esta incongruencia, fundamentos ideológicos orientados a la cultura. El movimiento intenta reconocerse como una propuesta descriptiva de los fenómenos de interpretación constitucional que surgen en el momento histórico de la segunda posguerra, pero es importante aclarar que las formas procesales constitucionales no surgieron ni se han desarrollado entorno a los escritos de este movimiento, sino de forma autónoma por el contexto social en que los Tribunales Constitucionales interpretan no sólo de manera formal sino material la constitución.

De igual forma, en este recorrido teórico resultó que las propuestas descriptivas de esta pretendida "nueva teoría constitucional" (que surge a partir de 1998), no responder a un nuevo interrogante para el derecho constitucional, sino a profundizar criterios que ya fueron expuestos, estudiados y tal vez olvidados de otras épocas, y que hoy adquieren gran relevancia, como el caso de la Tópica de Viehweg, la relación entre derecho y moral que involucran elementos culturales a la interpretación, estudiada desde Hart hasta nuestros tiempos.

Así las cosas, en la investigación, tal como lo señala Comanducci, consideramos que el Neoconstitucionalismo es una "etiqueta", es decir, es a nuestro juicio, un fenómeno retórico sin fundamentación ideológica, que a finales de los años noventa del siglo pasado, comenzaron a

utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea.

Por otra parte, en relación al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, concluimos que no se trata de un nuevo movimiento o de nuevos procesos constitucionales de los estados latinoamericanos, sino de una nueva lectura del Derecho Constitucional, que hasta ese momento había sido desconocida por sus precursores, que quizá sólo habían conocido la historia constitucional de Europa (Aspectos como el Control Constitucional en Colombia, por ejemplo, existía desde antes de la carta de 1991). Este movimiento ha ido reconociendo la ausencia de una estructura metodológica e ideológica que sirva de base a sus propuestas discursivas.

Respecto al estudio de su fundamentación ideológica en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, encontramos que es justamente su lectura a-histórica y la errada pretensión de señalar elementos comunes (como un solo) en la diversidad de las constituciones de cada Estado Constitucional de América Latina, de espaldas precisamente a la necesidad de observar los valores y principios de cada estado en el proceso de legitimación del poder político. En este sentido resumimos sus principales imprecisiones así:

- Diversidad de los textos de estudio: Las obras terminan siendo compilaciones de ensayos con características más o menos comunes acerca de la forma en la que es leído el fenómeno constitucional latinoamericano, por lo que finalmente en un futuro cercano hablaremos de nuevos constitucionalismos latinoamericanos o alguna fórmula parecida a la de los

Neoconstitucionalismo(s) que puedan cobijar cuantos adeptos se involucrar, desde su propia retórica y sin fundamentación ideológica.

- Aspectos metodológicos por complementar: Finalmente entre los textos no se alcanza a comprender si los estudios se ubican en un estudio de Teoría del Estado, de Teoría Constitucional, de Teoría del Derecho o de Ciencia Política, hace falta rigor metodológico en la tesis o las tesis defendidas por este movimiento que permitan una mejor comprensión.

- Reivindicación del concepto de Soberanía: Todos sus precursores están de acuerdo en que el elemento soberanía es el fundamento de los Estados, la soberanía radica en el pueblo, por el pueblo y para el pueblo y se vincula a la legitimidad de los Estados que comprende el derecho de los pueblos a resistirse y actuar cuando el Estado no cumple las expectativas. No se hace un estudio del carácter externo de la soberanía en el reconocimiento internacional de los Estados, ni del principio de seguridad jurídica. Se aplaude el movimiento reformista del pueblo como poder constituyente primario, sin el estudio de los procesos históricos de los estados latinoamericanos.

- Poder Constituyente en práctica: el concepto de poder constituyente transita de lo teórico al análisis de su ejercicio en la práctica, al respecto Pisarello (2014) señala que los procesos generados entre los siglos XVIII y XX no fueron sino eso, procesos que no contaban con la representación popular, hoy los procesos populares generan resistencia pues desestabilizan la estructura constitucional tradicional, sin embargo la auto organización y el protagonismo de las clases populares es inquebrantable y ha servido para proponer desde abajo, lo que ha intentado controlarse desde arriba. En este aspecto no se ha resulto por

parte de este movimiento, la pregunta en torno al derecho de las minorías cuando existen decisiones contramayoritarias.

Tener claridad sobre la fundamentación ideológica de las corrientes constitucionales surgidas después de la segunda posguerra, es importante para comprender la fundamentación ideológica de las decisiones constitucionales de los Estados Constitucionales, observando siempre en que la forma en que los valores y principios desde su contenido abstracto son comprendidos en un Estado Constitucional, se haga siempre un reconocimiento del fundamento social y cultural, y no suceda que la interpretación constitucional se quede en un plano formal desde un método gramatical. En el caso del Estado Constitucional Colombiano, pensar la interpretación en clave de un sistema cultural y político, permite la garantía de la seguridad jurídica en el ejercicio profesional de la abogacía, y a su vez, el ejercicio adecuado del control constitucional y político de acciones que pareciendo legitimas desde el ejercicio discursivo de las razones, son insuficientes y distorsionadoras de la demanda real de los ciudadanos y de la fundamentación ideológica de los Estados. Esta mirada hacía el fundamento ideológico de la carta es tan primordial, que, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha interpretado el uso gramatical del lenguaje, desde lo que ha denominado “Derecho Viviente”, reconociendo que la interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad.

Bibliografía

- Aldunate, E (2010). Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo. En Revista de Derecho, Volumen XXIII, N° 1 – Julio 2010, pp. 79-102
- Amador. S (2005) El camino de la constitución de 1991: Diario de la exclusión. Poder Constituyente, conflicto y constitución en Colombia. Editorial Universidad de los Andes, pp. 87-120.
- Atienza, M (2011). Dos versiones del constitucionalismo, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 34, pp. 73-88
- Aya, M (2010). La Revolución americana. En Revista Credencial Historia, Edición N° 245 Mayo-2010.
- Barberis, M (2015). ¿Existe el neoconstitucionalismo?. En Jorge Luis Fabra & Leonardo García (Edit.) Filosofía del Derecho Constitucional: Cuestiones fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Bauman, Z (2002). La ideología en el mundo postmoderno. En Zygmunt Bauman, En busca de la política. Fondo de Cultura Económica. España
- Bauman. Z (2014). Tiempos Líquidos. Tusquets Editores. España
- Bendix, R (2012). Max Weber. Amorrortu Eitores, Buenos Aires.
- Benedetti, M (1986). Preguntas al azar, Editorial Planeta, Bogotá.
- Bix, B (2008). Lenguaje, Teoría y Derecho. Universidad Externado de Colombia, Colombia.
- Bobbio, N (1985). Origen y fundamentos del poder político. Editorial Grijalbo, México
- Bolaño, R (2003). El gaucho insufrible. Editorial Anagrama, Barcelona.

- Carbonell, M (2003). Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta. España
- Carbonell, M (2008). Neoconstitucionalismo y sociedad, Editoral Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito
- Carbonell, M (2010). El canon neoconstitucional, Editorial Trotta, España.
- Carbonell, M (2015). Los orígenes del Estado Constitucional y de la filosofía del Constitucionalismo. En Miguel Carbonell Sánchez & Oscar Cruz Barney (Edit.) Historia y Constitución. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Cárcova, C M (1998). La opacidad del derecho. Editorial Trotta, Madrid.
- Cárcova, C M (2013). El orden social y los cambio epocales. Editorial Universidad de Coímbra. Portugal.
- Carroll, L (2011) Alicia en el país de las maravillas. Fondo de Cultura Económica. México.
- Cepeda, M (1993). El derecho a la constitución en Colombia: de la rebelión pacífica a la esperanza, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Comanducci, P (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. ISONOMÍA No. 16 / Abril, pp. 89-112
- Comanducci, P (2011). Constitucionalismo: problemas de definición y tipología. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34, pp. 95-100
- Comanducci, P (2009) Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid.
- Comte, A (2012). Física social. AKAL. Madrid
- Cortéz, F (2012). La tensión entre constitucionalismo y democracia. Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia. Medellín.

- Derrida, J (1997). Una Filosofía Deconstructiva. En revista Zona Erógena, N°35, 1997. pp 1-10
- Dijk, T (1998). Ideology: a Multidisciplinary approach, SAGE Publications, London.
- Duguit, L (2005). Manual de Derecho Constitucional, Editorial Comares, Granada.
- Durkheim, E (2001). Las reglas del método sociológico. Fondo de Cultura Económica. México
- Dusán, S (2002). Genealogía del constitucionalismo inglés. En Revista Criterio Jurídico N° 2, pp 189 – 211.
- Duverger, M (1984). Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Editorial Ariel. Barcelona
- Elster, J (2006). Lógica y Sociedad. Editorial Gedisa, Barcelona
- Ferrajoli, L (2010). Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista. En Revista Doxa, N° 34, pp 15-55
- Ferrajoli, L (1999) Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L (2007). Principia Iuris. Teoria derecho y de la Democracia, 3 vols. Editorial Trotta, Madrid
- Fioravanti, M (2001). Constitución de la antigüedad hasta nuestros días. Editorial Trotta, Madrid
- García, L (2010) Buenos tiempos para el Neoconstitucionalismo (Sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional). Vniversitas, N° 120: 317-332, enero-junio, pp 317-332
- Gargarella, R (2018). Sobre el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". En Revista Uruguaya de Ciencia Política - Vol. 27 N°1 - ICP - Montevideo, pp 109-129

- Geertz, C (2003). La interpretación de las culturas. Editorial Gedisa, Barcelona.
- Habermas, J (2008). Facticidad y Validez, Quinta edición, Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Hoyos, L (2015). Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Jellinek G (2012). Teoría general del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires
- Kennedy, D (1997). A critique of adjudication. Harvad University Press, Cambrige.
- Kennedy, D (1999). Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate de la teoría crítica del derecho (CLS). Traductores Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Lenk, K (1974). El concepto de ideología – comentario crítico y selección sistemática de textos-, editorial Amorrortu, Buenos Aires.
- Luckman B (2001). La construcción social de la realidad. Amorrortu Editores, Buenos Aires
- Luis, C (2010). Cuando pensar era sentir: una mirada a la Gramática de Destutt de Tracy. En Revista Argentina de historiografía lingüística, II, pág 39-53
- Larraín, J (2007). El concepto de Ideología, LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- Malberg, C (2013). Teoría general del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- Marcelo, R (2012). Introducción Teórica a la Historia del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

- Márquez, D (2017). Constitución e Ideología. Tensión entre las idelogías revolucionaria y liberal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Revista Mexicana de Historia del Derecho, XXXIV, pp. 123-151
- Marquardt, B (2014). Historia mundial del Estado. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Martínez, R (2010). Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía. En Política y Derecho: Retos para el siglo XXI. Ediciones Uninorte, Barranquilla.
- Martínez, R & Viciano, R (2012). Teoría y práctica del poder constituyente. Editorial Tirant, Valencia.
- Martínez, R (2018). ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?, Cultura Latinoamericana. 28 (2), pp. 138-164.
- Marx, C & Engels, F (1975). La ideología Alemana. Ediciones pueblos unidos, Montevideo.
- Medici, A (2016). Otros nomos. Teoría del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C, México
- Mejía, O (1998). Derecho, Legitimidad y Democracia deliberativa. Editorial Temis, Bogotá
- Mejía O (2002). La constitución de 1991 como proyecto inacabado. Revista El Otro derecho, Número 28.
- Mejía, O (2013). Derecho, Alienación e Ideología. Editorial Ibañez, Bogotá.
- Mejía, O (2007). Derecho, legitimidad y democracia deliberativa. Editorial Temis, Bogotá.

- Mejía, O (2005). Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho. Editorial Temis, Bogotá.
- Mejía, O (2016). La tensión epistemológica entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Hacia una teoría crítica del derecho. En revista Filosofía UIS, Vol. 15 Núm. 1, pp. 107 - 136
- Mejía, O (2017). Teoría consensual del Derecho. El derecho como deliberación pública. Editorial Universidad Nacional, Bogotá.
- Mosca, G (2004). La clase política. Fondo de Cultura Económica, México.
- Moreneo, J (2001). Sociología del Derecho, Max Weber. Editorial Comares, Granada.
- Morelli, S (1994). Interpretación Constitucional e Ideología (la neutralidad del juez), en AA.VV., Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Diké, pp. 213-242.
- Nohlen, D (2011). La democracia, instituciones, conceptos y contexto. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Noguera, A (2014). Las formas de igualdad en la historia Constitucional. Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo latinoamericano, Diario La Ley Nº 8443
- Orozco, C (2013). La crítica de Alessandro Baratta a la ideología de la defensa social. En Revista Crítica Penal y Poder N°4, Universidad de Barcelona, pp 49-71
- Orozco, C & Molinares, V (2019). ¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos? La crítica de Alessandro Baratta a la ideología del derecho a la seguridad. En V. Molinares y J. Luis (Comp), Seguridad Humana y Derechos Fundamentales en defensa del Estado de Derecho. Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, pp 7-33

- Pérez, J (1996). Teorías críticas del derecho. En E. Garzón y F. Laporta (eds.), El Derecho y la Justicia. Editorial Trotta, Madrid, pp 87-102
- Prieto, L (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N°5, pp 201 – 228.
- Pérez, A., Espinosa, X. (2020). Orígenes del presidencialismo en Colombia: la construcción de un nuevo orden. Nuevo Derecho; 16(26): 1-13
- Pisarello, G (2014). Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo. En R, Martinez Dalmau (eds.), Teoría y Práctica del poder constituyente. Editorial Tirant la Blanch, Valencia, pp 31-67
- Porrúa, F (2011). Teoría del Estado. Editorial Porrúa, México.
- Pozzolo, S (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. En Revista Doxa 21, pp 339 – 353.
- Ricoeur, P. (1989). Ideología y utopía. Editorial Gedisa, Barcelona.
- Roesler, C (2006). Theodor Viehweg: ¿un constitucionalista adelantado a su tiempo?. Doxa. N. 29, pp. 295-318
- Rousseau, J (1999). El Contrato Social o Principios de Derecho Político. Aleph editores.
- Sáchica, L (1999). Derecho Constitucional General. Editorial Temis, Bogotá
- Sáchica, L (2002). Constitucionalismo mestizo, Editorial Universidad Nacional Auntónoma de México, México.
- Salazar, P (2012). El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (Una perspectiva crítica). https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf
- Schluchter, W (2008). Acción, orden y cultura. Estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber. Prometeo Libros, Buenos Aires.

- Valencia, H (2010). Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano, Editorial Panamericana, Bogotá.
- Vanegas, I (2012). El constitucionalismo fundacional. Ediciones Plural, Bogotá.
- Vargas, M (2015). Elogio de la educación. Editorial Tauros, Bogotá
- Verdú, P (1968). Curso de Derecho Político. Editorial Tecnos, Madrid
- Viciano, R y Martínez, R. (2011). Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Viehweg, T(2007). Tópica y jurisprudencia. Editorial Thomson- Civitas, Madrid.
- Weber, M (2002). Economía y Sociedad. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- Weber, M (2011). Ética protestante y el espíritu del capitalismo. Editores Fondo de Cultura Económica, México
- Wittgenstein, L (1977). Culture and Value. Blackwell Publishers, Oxford
- Zapata, F (2010). Ideología y Política en América Latina. Editorial El colegio de México, México.

Otras referencias

- Sentencia C-052 de 2018. Expediente D-11889 (Sala plena de la Corte Constitucional, 30 de mayo de 2018)
- Sentencia SU- 214 de 2016. Expediente T- 4.167.863 A (Sala plena de la Corte Constitucional, 28 de abril de 2016)
- Sentencia C-1040 de 2005. Expediente D-5645 (Sala plena de la Corte Constitucional, 19 de octubre de 2005)

- Sentencia C-141 de 2010. Expediente CRF-003 (Sala plena de la Corte Constitucional, 26 de febrero de 2010)
- Sentencia n° 138 de octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990) (Corte Suprema de Justicia)
- Decreto Legislativo 1038 de 1984. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXI. N. 36608. 14, MAYO, 1984, p. 673
- Decreto Legislativo 927 de 1990. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVII. N. 39335. 4, MAYO, 1990, p. 1.
- Decreto Legislativo 1926 de 1990. DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVII. N. 39512. 24, AGOSTO, 1990, p. 1.