



REVISTA

NUEVO

DERECHO

vol. 15 n° 25

Julio a diciembre de 2019

ISSN: 2011-4540 ISSN-e: 2500-672X

Grupo Auditorio Constitucional - Institución Universitaria de Envidago
Cuerpo Académico – Estado de Derecho y Justicia (UABC-CA-247) –
Universidad Autónoma de Baja California



Revista Nuevo Derecho

ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño

Vicerrector académico

Henry Roncancio González

Director-Editor

Andrés Felipe Roncancio,

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Editores

Ivanna Calvete,

Institución Universitaria de Envigado

Dr. Miguel de Jesús Nería Gevoa,

Universidad Autónoma de Baja California Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, Colombia

Coordinador Editorial

Dr. Gustavo Aguilera Izaguirre,

Universidad Autónoma del Estado de México

Consejo Editorial

Rogelio López Sánchez,

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Michael Gustavo Núñez Torres,

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Pedro Caminos,

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ana Luna Serrano,

Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho (CEEAD), México

Dra. Karla Vega Ruiz,

Universidad de Guadalajara, México

Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández,

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Tadeo Eduardo Hubbe Contreras,

Universidad de Guadalajara, México

Dr. Daniel Castaño Zapata,

Universidad de Medellín, Colombia

Luis Enrique Cárdenas Voges,

Universidad de Colima, México

Horacio Cerutti Guldberg,

Universidad Nacional Autónoma De México, México

Hernel Jhuiler Perea Bonilla,

Universidad Santiago de Cali, Colombia

Rafael Santa Cruz,

Universidad Autónoma del Estado de México, México

Dr. Fernando César Costa Xavier,

Universidade Federal de Roraima, Brasil

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós,

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Coordinadora de Publicaciones

Lina Marcela Patiño Olarte,

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Asistencia técnica

Lina Marcela Patiño Olarte,

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Diseño y diagramación

Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia

Teléfono: + 57 4 3391010 Ext. XXX

nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Latindex
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores, y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de Envigado y la Universidad Autónoma de Baja California se distribuye bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Contenido

Editorial	4
Andrés Felipe Roncancio Bedoya	
La tutela contra providencia judicial en los casos de defecto sustantivo: análisis de procedibilidad	5
William Ricardo Flórez Morales	
Reflexiones en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano	22
Nauhcatzin T. Bravo Aguilar José de Jesús Chávez Cervantes	
Reforma pensional: un análisis desde los derechos fundamentales y el principio de sostenibilidad financiera	34
Jorge Alberto Botero Díaz Carlos Arturo Cataño Correa Laura Victoria Jurado Sánchez Rodrigo Garzón Castro	
Los principios generales en la Constitución Política de Colombia y la función judicial	53
Diana Trujillo-Vallejo	
La discriminación interseccional en el discurso Jurídico	70
Valeria Rodríguez Gutiérrez	
Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial	88
Gabriel Alejandro Encinas Duarte	

Editorial

América latina un pueblo sin piernas pero que camina, así inicia una famosa canción del argot cultural contemporáneo, en su significado pudiese verse lo que refleja la situación de los Estados suramericanos, que en medio de las decisiones del mercado han puesto en la pugna hasta los gobiernos deben hacerse corresponsables de la exigibilidad de los derechos fundamentales. Lo cual ha suscitado que, desde Chile hasta Colombia, la deliberación de lo público y lo político estén en medio de un escenario de “debates y combates”.

Por esta razón, vale resaltar entonces que la academia tiene un llamado especial a tomar un papel protagónico sobre lo que pasa en el ámbito regional, las investigaciones y las pesquisas solo tienen sentido, en la medida que su convicción está ligada a entender que el derecho y la ciencia política tiene que estar a la altura de las nuevas ciudadanía y las nuevas demandas que claramente nos dejan ver que todo está por hacer y que todo está por construirse.

Bajo este supuesto, me permito entonces presentar la nueva edición de la revista Nuevo Derecho, la cual recoge trabajos amplios, metódicos y contruidos bajo los criterios de pertinente, coherencia y quizás la convicción de mejorar la estructura de los Estados latinoamericanos, tocando temáticas propias del orden constitucional, pasando por asuntos del derecho procesal, la teoría del derecho y el derecho laboral que dan cuenta como los investigadores son conscientes el llamado histórico que América Latina les hace. Con beneplácito les presentamos esta valiosa edición.

Andrés Felipe Roncancio Bedoya

Director Editor

La tutela contra providencia judicial en los casos de defecto sustantivo: análisis de procedibilidad

Protection against judicial orders in cases of substantive defect: Analysis of procedure

William Ricardo Flórez Morales¹

Recibido: 02/09/2019. Aceptado: 10/11/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Flórez, W. R. (2019). La tutela contra providencia judicial en los casos de defecto sustantivo: análisis de procedibilidad. *Revista Nuevo Derecho* 15(25): 5-21.

Resumen

El presente artículo contiene una breve revisión documental sobre la procedencia excepcional de la acción constitucional de tutela contra providencias judiciales cuando el juez ha incurrido en causal de vía de hecho o error por defecto sustantivo. El estudio se realizó a través de una recopilación tanto jurisprudencial como doctrinal en lo relativo a las causales genéricas y específicas de procedibilidad. En ese sentido, se utilizó la metodología de investigación de naturaleza cualitativa, soportada en el método de recolección de información de la revisión documental de primer y segundo orden. El artículo se bifurca en dos apartados, el primero de los cuales aborda las especificidades de la tutela contra sentencia y el segundo la causal específica denominada vicio sustantivo. Se determinó que pese al carácter subsidiario y excepcional que reviste al mecanismo de la tutela, esta puede ser invocada cuando el juez funda los argumentos de su fallo en normas inexistentes; cuando la norma haya perdido vigencia; su interpretación sea contraria a la Constitución como *Norma Normarum* o no tiene conexidad material con los presupuestos del caso, permitiéndose la ratificación de los pronunciamientos por parte de la Guarda Constitucional.

Palabras Clave: derecho constitucional, acción de tutela, sentencias judiciales, defecto sustantivo, hermenéutica constitucional.

Abstract

This article contains a brief documentary review of the exceptional admissibility of the constitutional action for protection against judicial orders when the judge has committed a cause of fact or error by substantive defect. The study was carried out through a compilation of both case law and doctrine with regard to generic and specific procedural causes. In this sense, the methodology of qualitative research was used,

¹ Estudiante de último año de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Universidad Católica Luis Amigó, perteneciente al semillero de investigación de derecho público Mesa Derecho Internacional De Los Derechos Humanos de la misma casa de estudios, correo electrónico: William.florezmo@amigo.edu.co

supported by the method of gathering information from the first and second order documentary review. The article splits into two sections, the first of which deals with the specificities of the protection against judgment and the second with the specific cause called substantive defect. It was determined that, despite the subsidiary and exceptional nature of the guardianship mechanism, it may be invoked when the judge bases the arguments of his judgement on non-existent rules; where the rule is no longer valid; its interpretation is contrary to the Constitution as a Normarum Norm or has no material connection with the budgets of the case, allowing the Constitutional Guardian to ratify the pronouncements.

Keywords: Constitutional right, guardianship action, judicial sentences, substantive defect, constitutional hermeneutics.

1. Introducción

La acción constitucional de tutela se constituye como el instrumento de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Superior de 1991, la cual se hace efectiva en aquellos casos en los que estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de particulares (Corte Constitucional, C-543, 1992a), siendo también concebida para los estudiosos del derecho, como:

La institución jurídica que ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr protección (Gomez, 2009, p. 45).

Por otra parte, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se ha generado un acalorado debate respecto de la posibilidad de que sea ejercida la acción de tutela en contra de providencias judiciales por parte de los diversos estudiosos del derecho público y quienes administran justicia en calidad de juzgadores. Por ende, ha sido tarea de la Corte Constitucional, como máxima guarda de la Carta, hacer un exhaustivo análisis que a través de reglas jurisprudenciales ha indicado el camino a seguir cuando se cree necesario el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

Además de dichos pronunciamientos, se debe tener como referente constitucional el artículo 86 Superior, regulado por el Decreto-Ley 2591 (Presidencia de la República, 1991) “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, donde dada la interpretación amplia de la expresión autoridades públicas se permitió inferir que los jueces como miembros de la rama judicial del poder público también estaban sometidos a tal mecanismo de protección (Ortíz, 2011). No obstante, fue a partir de la Sentencia de Constitucionalidad C-543 de (Corte Constitucional, 1992a), donde luego de un examen de constitucionalidad, y tras el estudio de la aplicación de

dicha institución jurídica, la Corte Constitucional le dio apertura a la mención de unos supuestos donde fuere factible tal ejercicio de tutela, definiéndolos así:

De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición, no están excluidos de la Acción de Tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda contra sus providencias (Corte Constitucional, T-406, 1992b).

Cabe mencionar que, la cita anterior emana del primer fallo de tutela proferido contra sentencia judicial, y es el punto de partida del tema que hoy convoca. Años más tarde, mediante la Sentencia de Constitucionalidad C-590 concurrirían las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales en busca de la protección y salvaguarda de derechos fundamentales (Corte Constitucional, 2005a).

En esa medida, en la actualidad en Colombia las decisiones judiciales por regla general ostentan la garantía constitucional y procesal de ser sometidas a un recurso de alzada, el artículo 31 de la Constitución Política consagra tal respaldo propio de un Estado Constitucional de Derecho, así: “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” (Asamblea Nacional Constituyente, art. 31, 1991), esto como garantía al derecho fundamental al debido proceso legal.

Una vez se ha hecho uso del derecho a la doble instancia, el accionante generalmente no detenta más posibilidades jurídicas para que un juez de igual o superior jerarquía revise la decisión judicial que ya se encuentra en firme, excepto si, a juicio del actor con la decisión de ese juzgador, se están vulnerando presuntamente sus derechos fundamentales de forma irremediable, es decir, intuye que con esa providencia se está configurando una vía de hecho.

En tal sentido, se tiene que las vías de hecho son aquellas actuaciones contrarias al derecho, ajenas a las formas jurídicas y a la ley sustancial o procesal aplicable, donde la Corte ha tenido en su criterio calificarlas como vías de hecho, por oposición a las vías que encuentran fundamento legítimo en las normas jurídicas que integran el ordenamiento y que, en todo caso, constituyen el norte de la función judicial ((Gomez, 2009, p. 69; Corte Constitucional de Colombia, T-1001, 2001).

Al respecto, la Corte explicó que,

En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de una vía

de derecho distinta que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De esta manera, queda a salvo, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho (Corte Constitucional, T-001, 2001).

Dicho lo anterior, en caso de que estas se configuren a causa de una providencia judicial se puede hacer uso de la tutela que se consagra como una acción de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, o aquellos que pese a no estar expresamente indicados en la norma de normas la Corte Constitucional u otros estamentos los han reconocido como tal.

En tal sentido, se da uso a esta acción cuando se tiene como el único mecanismo para que sean protegidos y garantizados los derechos tendientes a ser violados a partir del pronunciamiento judicial, de modo que su prerrogativa excepcional, solo procede cuando se ven amenazadas por el actuar o el omitir de autoridades públicas que estarían impartiendo justicia en el escenario en cuestión.

En un principio fue concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo. En tanto, la regla general es la vía ordinaria (Loaiza, 2014).

Tal como fue mencionado anteriormente, el Decreto 2591 es el lineamiento jurídico encargado de reglamentar la acción constitucional de tutela, la cual está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, así:

Toda persona tendrá Acción de Tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Presidencia de la República de Colombia , 1991).

A partir de ese decreto reglamentario la Corte Constitucional, en ejercicio del examen de constitucionalidad, empezó a hacer un estudio sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales mediante la Sentencia C-543 (Corte Constitucional, 1992a), abriéndose el escenario para que la Corte se permitiera decantar los casos en que operaría la misma en contra de providencias.

En tal Sentencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 41 del Decreto 2591 de 1991, trató el tema de las vías de hecho y fue enfática en determinar que en contra de las providencias de la Judicatura procede la tutela.

Así, poco a poco el Tribunal Constitucional fue estableciendo los casos de procedencia a lo largo de su jurisprudencia para que finalmente con la Sentencia C-590 (Corte Constitucional, 2005a) se precisaran las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en procura de la protección de los derechos fundamentales, tales como el debido proceso y el acceso a la justicia.

Por lo que en aquella oportunidad, se evidenció el significado que le dio la Corte Constitucional al concepto del debido proceso, el cual cada vez tiene un sentido más amplio y abarca la esfera no solo del derecho procesal en estricto sentido sino que, se extiende al derecho sustancial en garantía de la Constitución Política misma y de la legalidad, donde se percibe la introducción al concepto del debido proceso de elementos no solo jurídicos, sino además políticos, sociales, económicos, éticos, morales, entre otros, con ocasión a las diferentes problemáticas acontecidas en la comunidad (Loaiza, 2014).

En ese sentido, las Altas Cortes, como máximos tribunales de la rama judicial del poder público no han sido unánimes respecto de este tema; tanto la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura han defendido la tesis de que la tutela no procede contra las providencias judiciales, bajo el argumento de la independencia judicial, la seguridad jurídica y la cosa juzgada, lo que ha desatado un enfrentamiento entre estos Tribunales de cierre al punto que la Corte Constitucional ha revocado sus decisiones judiciales en sede de tutela (Muñoz, 2015).

Sin perjuicio de lo anterior, como lo reconoce la propia Corte Constitucional son los jueces ordinarios los llamados a proteger y promover la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso judicial. No obstante, cuando todo falla, el último remedio es acudir a la jurisdicción constitucional para que esta no falle, en este caso, mediante la acción de tutela. A este respecto no sobra recordar lo obvio: controlar judicialmente a la administración no es administrar; controlar judicialmente la constitucionalidad de las leyes no es legislar; controlar el sometimiento de los jueces ordinarios a la constitución no supone usurpación de la jurisdicción ordinaria por parte de la jurisdicción constitucional (Botero, 2013).

Esa procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales es la materialización de la incorporación de la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal en la Constitución Política de 1991, ya que han demarcado los derroteros de la denominada constitucionalización del derecho procesal.

Por ende, ambas instituciones han confluído en la atenuación del tradicional formalismo de los operadores de las normas procesales (Quinche, 2007, p. 88). Es decir, los principios pétreos y rígidos como la seguridad jurídica se han dejado de entender como absolutos en el mismo momento en el cual se filtra por el cristal constitucional cualquier situación de facto que se lleve al órgano judicial. Además, todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental.

Lo dicho encuentra soporte en la medida que, un Estado Social y Constitucional de Derecho debe procurar por la protección de los derechos fundamentales, aunque en determinado momento se encuentren en pugna con principios procesales como la seguridad jurídica, ya que los operadores judiciales, si bien están dotados de la pericia y experticia en sus áreas de competencia, pueden incurrir en yerros producto de interpretación estrecha, nulo análisis constitucional o inaplicación de normas jurídicas. Ese error puede generar graves vulneraciones de derechos y es precisamente esa situación la que pretende evitar el tribunal constitucional colombiano al permitir accionar por tutela la protección de derechos fundamentales en sede de sentencia aduciendo una vía de hecho por defecto sustancial.

En tal sentido, la Corte Constitucional amparó ese defecto y otros seis más como únicos casos permitidos en los cuales se puede interponer tutela para lograr una revisión de una sentencia o providencia judicial en firme. Sin embargo, por la excepcionalidad de la acción ha sido sumamente estricta con los requisitos de procedibilidad, tanto así que se determinó unas causales genéricas, eventos en específicos de procedencia y, además, se ha encargado de reglamentar uno a uno de ellos.

Es por todo lo dicho que este artículo pretende desentrañar la pregunta: ¿cuáles son los lineamientos de la Corte Constitucional, respecto de la procedencia de la acción de tutela frente a sentencias judiciales a causa de error por defecto material?

Para resolver dicho cuestionamiento, este artículo se desarrollará en dos apartados. El primero pretende esbozar los requisitos y los aspectos generales sobre la viabilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, ya que existen unas causales genéricas que deben cumplirse y estudiarse antes de analizar puntualmente el error por defecto sustancial, las cuales son: (i) que el tema que se está estudiando no carezca de relevancia dentro de los aspectos constitucionales de cara a los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se hayan agotado los medios ordinarios de defensa judicial o que el recurso judicial ordinario o extraordinario existente no se pueda entender como un medio idóneo para la protección en este caso de los derechos fundamentales ante un perjuicio que no se pueda remediar posteriormente; (iii) que haya existido inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela; (iv) que la presunta irregularidad tenga un efecto determinante en la providencia judicial que se impugna; (v) los accionantes logren identificar los hechos que dan lugar y que en el caso de la vulneración de los derechos, se debe exponer en el momento pertinente dentro del proceso ordinario y, por último, (vi) que la tutela no se dirija contra una sentencia de tutela.

El segundo apartado analizará la causal especial de procedibilidad excepcional de la acción de tutela cuando el juzgador en la sentencia judicial que profiere incurre en error por defecto sustancial que hace incompatible la decisión judicial con las normas constitucionales; este acápite se adentrará en el estudio de los requisitos que la Corte Constitucional ha ido especificando para invocar tal causal vía tutela judicial.

2. Requisitos de la tutela contra sentencia

Con la Sentencia de Constitucionalidad C-590 (2005a), proferida por la Corte Constitucional, se sintetizaron los parámetros genéricos de procedibilidad que habilitan la interposición de la tutela, señalando que solo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Por lo que es menester que este capítulo se encargue de abordarlos.

No obstante, la tutela contra providencias judiciales procede en el evento en que se viole el debido proceso legal de otro proceso judicial, que como consecuencia de ello se produce una nulidad que será declarada por el juez de constitucionalidad. Sin embargo, resulta necesario determinar si tal nulidad es declarada por la inexistencia de un vicio meramente procesal o si, además, se declaró también cuando se está ante un vicio que afecta el derecho sustancial (Loaiza, 2014, p. 94).

Así, el primero es que el asunto objeto de discusión resulte de evidente relevancia constitucional, ya que el juez constitucional no tiene la facultad de entrar a estudiar asuntos que tienen difusa y confusa la trascendencia constitucional, pues de hacerlo estaría involucrándose en asuntos que les corresponde definir a otras jurisdicciones, es decir, desbordaría su competencia y causaría los efectos políticos y sociales de lo que se ha denominado el *choque de trenes*.

En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes (Corte Constitucional, T-125, 2012b).

El segundo reza que es necesario que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

De no ser así, esto es, de asumirse la tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Ese perjuicio irremediable debe caracterizarse por: (i) ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) que la tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

En este ítem se hace bastante necesario hacer énfasis, porque

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

En consecuencia, se comprende que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución Política (1991), dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes (Corte Constitucional, T.426, 2014).

Pese lo dicho el juez de tutela debe tener en cuenta que cuando exista un mecanismo ordinario de defensa judicial tendrá que tener tanto la eficacia e idoneidad del medio, como los elementos del perjuicio irremediable, esto para evitar que la tutela desplace los mecanismos de protección señalados en la ley y solo se invoque para lograr la protección de derechos fundamentales (Cifuentes, 2000).

El tercero de los requisitos versa sobre la necesidad de que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere impetrado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que presuntamente originó la vulneración. Ya que, de permitir que la acción de tutela proceda meses o años después de proferida la sentencia judicial, se verían en vilo los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, pues sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

Ello se afirma a partir de que la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental (Corte Constitucional, SU-659, 2015b).

Según la naturaleza de la tutela, la cual tiene el propósito de obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados, se ha discutido acerca de la necesidad de estudiar un plazo razonable en la interposición de la tutela. Así, la Sentencia SU-961 dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo (Corte Constitucional, SU-961, 1999a).

Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo esta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción (Corte Constitucional, SU-959, 1999b).

A partir de lo anterior, la Corte determinó tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez: (i) la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución; (ii) la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto; y (iii) esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

El cuarto requisito genérico prescribe que cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591 de 2005, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio (Corte Constitucional, C-591, 2005b).

El siguiente refiere que el accionante debe indicar que:

De manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto

hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la Tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos (Corte Constitucional, T-773A-12, 2012a).

También la Corte exige:

Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas (Corte Constitucional, T-773A-12, 2012a).

Aunado a lo anterior, la razón de ser de la tutela contra sentencias judiciales se ve justificada por la Corte Constitucional en la medida en que al juez constitucional le asiste la obligación de amparar los derechos fundamentales, para el caso, el debido proceso legal y el acceso a la justicia, de modo que se debe procurar porque los administradores de justicia emitan iguales decisiones judiciales, conforme a los parámetros establecidos por este Alto Tribunal en búsqueda de la seguridad jurídica de la supremacía de la Carta (Loaiza, 2014).

Dicho lo anterior, quedan en este punto absueltas las dudas respecto de los requisitos que impone la Corte Constitucional para entrar a hablar de la tutela contra sentencia judicial, por lo que en las líneas posteriores es imperioso abordar el tema del error por defecto sustancial como causal de procedibilidad.

3. Error por defecto sustancial como causal específica de procedibilidad

En este apartado se pretende abordar a la luz de los pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, con respecto del defecto sustancial como causal de vía de hecho para interponer el recurso constitucional contra sentencia judicial. No obstante, primero merece la pena revisar someramente los otros defectos que contempla la Guarda Constitucional que pueden ser recurridos en sede de revisión de constitucionalidad.

En tal sentido, cuando se está frente a tutelas contra providencias judiciales que se exponen con la finalidad de conservar la seguridad jurídica en aras de mantener una autonomía entre los funcionarios administradores de justicia, se requiere analizar si la decisión judicial se lleva a cabo por alguna de las causales de procedencia:

- Defecto orgánico por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial.

- Defecto procedimental, cuando el funcionario judicial en el trámite de la actuación judicial desconoce la ritualidad previamente establecida para el efecto.
- Defecto fáctico, que se presenta cuando el funcionario judicial carece del apoyo probatorio necesario para aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Supone fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso.
- Error inducido, que se configura cuando la decisión judicial adoptada resulta equivocada y causa un daño *iusfundamental* como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Anteriormente denominado vía de hecho por consecuencia.
- Decisión sin motivación, es decir, cuando las determinaciones adoptadas en la parte resolutive de la providencia y mediante las cuales se resuelve de fondo el asunto no encuentran en la parte motiva el fundamento o *ratio decidendi*, que permita a los destinatarios de las mismas ejercer un control sobre la razón de dichas decisiones y eventualmente controvertirlas.
- Desconocimiento del precedente constitucional, que se configura por ejemplo cuando la Corte Constitucional ha establecido el alcance de un derecho fundamental, y este es ignorado por el juez al dictar una decisión judicial en contra de ese contenido y alcance fijado en el precedente.
- Violación directa de la Constitución, defecto que se produce cuando el juez da alcance a una disposición normativa de forma abiertamente contraria a la Constitución, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad debiendo hacerlo y así lo ha solicitado alguna de las partes en el proceso (Corte Constitucional, T-456, 2017).

Una vez enunciado lo anterior es momento de entrar en materia indicando que el defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o inconstitucionales (Corte Constitucional, T-456, 2017). Esta interpretación grosera se refiere a que resulta evidente cómo el juez forma un juicio de convicción contrario a derecho y es ese el germen que da vida a la vía de hecho.

Este defecto denominado inicialmente y a rajatabla como sustantivo, posteriormente fue ampliado a defecto sustantivo, orgánico o procedimental, fue decantado por el Tribunal Constitucional Colombiano así:

Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque: (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de la ley; (ii) es

inconstitucional; (iii) porque el contenido no tiene conexidad material con los presupuestos del caso o; (iv) cuando se produce un error grave en la interpretación de la norma (Corte Constitucional, T-464, 2011).

No obstante, la Corte explica que el defecto sustantivo se presenta cuando la decisión del juez desborda el marco de acción que la Carta y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto. De forma que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta, ya que por tratarse de una atribución reglada, que emana de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, T-246, 2015a).

En este defecto se debe evidenciar que la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto. Es importante acotar que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la tutela parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta (Quinche, 2007).

Consecuentemente, la Corte Constitucional ha señalado que por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho, es decir, el Tribunal es enfático en aseverar que la autonomía de la interpretación de los jueces se ve neutralizada por la constitución (Corte Constitucional, T-246, 2015a).

El desarrollo jurisprudencial de esta causal ha llevado a la identificación de un conjunto de situaciones en las que se incurre en dicho error:

La primera es cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional. Este defecto también se configura cuando a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador.

Otra situación que lo configura es la aplicación de una norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada. Es decir, que el juez hace una interpretación exegética de una sola norma e ignora otras tantas que son necesarias.

La tercera se configura cuando la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se da cuando la resolución del juez no se corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia. También, al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos *erga omnes*. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la *ratio decidendi* de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

También, por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual, si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad. De igual manera, se incurre en un defecto sustantivo cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

En relación con el imperativo de preferir siempre una interpretación conforme con la Constitución, la Corte como máxima autoridad Constitucional en la Sentencia C-649 consideró que: “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política” (Corte Constitucional de Colombia, C-649, 2001).

Adicionalmente, la Corte ha restringido la configuración del defecto sustantivo cuando se estructura a partir de la interpretación que el juez ordinario ha dado a la disposición legal. En efecto, la Sentencia T-295 estableció que la interpretación indebida de normas jurídicas puede conducir a que se configure una vía de hecho por defecto sustantivo (Corte Constitucional, T-295, 2005c).

Así, en la Sentencia T-462 (Corte Constitucional, 2003) se expresó al respecto:

En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

- (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,
- (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra *legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente
- (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos *erga omnes* tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.

De igual manera, es importante acotar que cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables (Bernal, 2005). En estos casos el accionante tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista (Corte Constitucional, C-011, 1994).

A decir verdad, en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha considerado que

En virtud del artículo 4 de la Carta Política, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política (Corte Constitucional, C-649, 2001; Cardona, 2012, p. 218).

Por tanto, de conformidad con lo anterior se expone que la Corte Constitucional en la Sentencia C-426 (2002) reconoce lo siguiente:

Integrar los conceptos de antiformalismo e interpretación conforme a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas.

En consecuencia, al juez de tutela le está vedado configurar el defecto sustantivo a partir de la elección realizada por el operador judicial entre las interpretaciones constitucionalmente admisibles. En ese sentido se tiene que no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, solo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario, no sería procedente la acción de tutela (Ortíz, 2011).

Debe, por tanto, tratarse de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales. De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, admisibles en la medida en que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales.

4. Conclusiones

Tal como se menciona a lo largo del escrito, existen casos excepcionales en los que procede la acción de tutela contra providencias y ha sido la Corte la encargada de dar luces en los casos que ha de prosperar el recurso constitucional. No obstante, no es unánime la discusión entre las altas cortes sobre la procedencia del amparo contra providencias en virtud de la cosa juzgada, imparcialidad judicial y la estabilidad jurídica. De modo que, resulta imperioso afirmar que la acción de tutela o recurso constitucional contra sentencias judiciales resulta ser un instituto indefectible para el correcto ejercicio del modelo de control de constitucionalidad impuesto por la Carta de 1991.

A modo de conclusión, las reflexiones aquí expuestas tienen el propósito de demostrar que no hay protección efectiva del individuo sin control de constitucionalidad de la ley que lo afecta directa o indirectamente en un mismo proceso.

En sí la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene como finalidad efectuar un juicio de validez constitucional de una providencia que incurre en graves falencias, que la tornan incompatible con la Carta Política.

Esto lleva a determinar que el valor de cosa juzgada de las sentencias y el principio de seguridad jurídica no son absolutos, además suponen que los fallos son respetuosos de los derechos y ese respeto no se determina a partir de la visión que cada juez tenga de ellos sino del alcance que les fije la Corte Constitucional, pues esta es la habilitada para generar certeza sobre su alcance.

Es lógico, ya que si algo genera inseguridad jurídica es la promoción de diferentes lecturas de la Carta Política por los jueces y, en particular, sobre el alcance de los derechos fundamentales. Este es precisamente el peligro que se evita mediante la excepcional procedencia de la tutela contra sentencias pues a través de ella se promueven lecturas uniformes sobre el alcance de tales derechos y de la Carta Política como su soporte normativo. Posteriormente, en lo que atañe a la autonomía e independencia de los jueces y tribunales, ellas deben entenderse en el marco de la realización de los fines estatales inherentes a la jurisdicción y, en especial, de cara al cumplimiento de su deber de garantizar la efectividad de los derechos a todas las personas.

5. Referencias

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Botero, C. (2013). *Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá D.C: S.D.

Cardona, E. (2012). Modelo Hermeneutico del Debido Proceso en Colombia. *Estudio Políticos*, 153(69), 215-244. Recuperado de <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/14147>

Cifuentes, E. (2000). *La acción de tutela en Colombia*. Bogotá: S.D.

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de junio de 1991.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992a). Sentencia C-543. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992b). Sentencia T-406. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-011. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999a). Sentencia SU-961. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999b). Sentencia SU-959. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-649. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-426. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-462. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005a). Sentencia C-590. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005b). Sentencia C-591. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005c). Sentencia T-295. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-464. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012a). Sentencia T-773A-12. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012b). Sentencia T-125. Magistrado Ponente: José Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-426. Magistrado Ponente: Andrés Mutis Vanegas. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2015a). Sentencia T-246. Magistrado Ponente: María Victoria SÁCHICA Méndez. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2015b). Sentencia SU-659. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá: Corte Constitucional.

- Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-456. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Presidencia de la República. (1991). Decreto Ley 2591. Bogotá: Diario Oficial No. 40.165.
- Gómez, C. (2009). Las vías de hecho como generadoras del choque de trenes en la jurisprudencia constitucional (1992-2008). *Criterio Jurídico*, 9(2), 35-62. Recuperado de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/331>
- Loaiza, C. (2014). La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Diálogos de Derecho y Política*, 15, 80-100.
- Muñoz, J. (2015). *La tutela contra providencias judiciales, un instrumento constitucional de seguridad jurídica*. Bogotá: S.D.
- Ortíz, L. (2011). *Tutela contra sentencias judiciales ¿Es una tercera instancia o la última oportunidad para hacer valer los derechos de las personas?* Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- Quinche, M. F. (2007). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias judiciales*. Bogotá: Temis.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Reflexiones en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano

Reflections on the new Latin American constitutionalism

Nauhcatzin T. Bravo Aguilar¹
José de Jesús Chávez Cervantes²

Recibido: 18/09/2019. Aprobado: 10/11/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Bravo, N; Cháve, J, J. (2019). Reflexiones en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Nuevo Derecho* 15(25): 22-33.

Resumen

El nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) es un fenómeno jurídico que busca dar cuenta de lo sucedido en los procesos constituyentes desarrollados desde los finales del siglo xx hasta nuestros días. Asimismo, se trata de una corriente constitucional que se encuentra en construcción. No obstante, es posible destacar algunas notas en común que caracterizan a las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Sin duda alguna, lo anterior será determinante para quienes busquemos indagar y proporcionar razones del cómo se han venido gestando los nuevos ordenamientos jurídicos que han propiciado una serie de reflexiones y debates poco homogéneos. Es importante mencionar que nos encontramos con un fenómeno en periodo de construcción doctrinal. Sin embargo, consideramos que el NCL es un excelente laboratorio de pruebas que permite seguir explorando alternativas en torno a la deuda democrática que se la ha demandado por tanto tiempo al constitucionalismo. Por tanto, la pertinencia de analizar los alcances de los diseños institucionales que proponen las constituciones del NCL que intentan solventar las carencias democráticas que hoy en día las constituciones modernas no han podido remediar. En este orden de ideas, las constituciones del NCL son entonces la hoja de ruta que permite una vía de análisis distinta con respecto a otras corrientes como el constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo que, dicho sea de paso, son fuente de controversias y dudas.

Palabras clave: constitución, democracia, derechos, procesos constituyentes.

¹ Doctorado en Derecho por la Universidad de Wisconsin-Madison; Maestría en Derecho por la Universidad de Georgia; Abogado por la Universidad de Guadalajara.

² Licenciado en Derecho y Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Guadalajara; Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Candidato a Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos ambos por el Instituto Bartolomé de las Casas en la Universidad Carlos III de Madrid.

Abstract

The new Latin American constitutionalism (NCL) is a legal phenomenon that seeks to account for what happened in the constituent processes developed from the end of the twentieth century to the present day. It is also a constitutional current under construction. Nevertheless, it is possible to highlight some common notes that characterize the constitutions of Venezuela, Ecuador and Bolivia. Without any doubt, this will be decisive for those of us who seek to investigate and provide reasons for the development of the new legal systems that have given rise to a series of unconventional reflections and debates. It is important to mention that we find a phenomenon in a period of doctrinal construction. However, we consider that the NCL is an excellent test laboratory that allows us to continue exploring alternatives around the democratic debt that has been demanded of constitutionalism for so long. Therefore, the relevance of analyzing the scope of the institutional designs proposed by the constitutions of the NCL that try to solve the democratic deficiencies that modern constitutions have not been able to remedy today. In this order of ideas, the constitutions of the NCL are then the road map that allows a different way of analysis with respect to other currents such as modern constitutionalism or neoconstitutionalism that, Incidentally, they are a source of controversy and doubt.

Keywords: Constitution, democracy, rights, constituent processes.

1. Introducción

El objeto del presente artículo tiene que ver con el estudio de lo que se ha denominado como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (en adelante NCL). Para ello, la empresa que emprendemos gira en torno a los elementos que consideramos más significativos y que han permitido configurar toda una serie de reflexiones y debates que confluyen en el análisis y estudio de procesos constituyentes desarrollados en buena medida desde los finales del siglo xx hasta nuestros días, en países latinoamericanos.

No obstante, es pertinente mencionar lo complejo que es definir el NCL. De hecho, será objeto de nuestro primer apartado el justificar en qué momento ha surgido dicho movimiento y qué países son los involucrados. Para ello, veremos que, para algunos autores, que se han dedicado al estudio en mención, existe una suerte de coincidencia con respecto a unos “rasgos identificadores” (Pazmiño, 2009, p. 27) o “tendencias comunes” (Uprimny, 2011, p. 110) que nos ayudan a delimitar nuestro objeto de estudio. Sin embargo, la falta de cohesión se debe a que “se trata de una corriente constitucional en periodo de construcción doctrinal” (Viciano y Martínez, 2014, p. 20).

Sorteada la primera dificultad, veremos de forma muy breve los elementos que caracterizan las llamadas constituciones del NCL. Por último, nos dedicaremos a analizar el tema del poder constituyente y la rigidez constitucional, ya que el diseño institucional que propugna el NCL es hasta cierto punto novedoso y se distingue del llamado neoconstitutionalismo o constitucionalismo de nuestros días.

2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: un inventario de problemas

Antes de adentrarnos al estudio del NCL, consideramos pertinente llevar a cabo algunas exigencias metodológicas. Pues es bien sabido que el constitucionalismo ofrece distintos niveles de análisis y ha sido víctima de numerosos estudios que en ocasiones suelen confundir al estudioso del derecho. De ahí, que el gran número de etiquetas que han tratado de explicar de una u otra forma lo que significa el constitucionalismo ha permeado una suerte de desconcierto para llevar a cabo ulteriores análisis. Sin embargo, existen esfuerzos doctrinarios que son de gran valía y que permiten situarnos en una posición menos endeble.

Pues bien, el constitucionalismo se puede entender como un conjunto de doctrinas tendientes al estudio de los límites al poder a través de mecanismos del derecho (Pozzolo, 2011). Mecanismos en los que destaca desde una posición de privilegio, la Constitución. En efecto, tal como afirma Ansuátegui Roig (2013): “si hubiera que resumir el sentido del constitucionalismo en pocas palabras, y si ello fuera posible, creo que se podría caracterizar como una propuesta doctrinal en relación con la limitación del poder a través del Derecho” (p. 225). Al menos, desde esta posición, todos estaríamos de acuerdo con que el constitucionalismo puede significar algo así como “gobierno limitado” (Nino, 1997, p. 15).

Ahora bien, teniendo en cuenta la función limitadora que promueve el constitucionalismo, hay que mencionar también que el constitucionalismo pertenece por completo al mundo moderno. No obstante, las estrategias se remontan a épocas anteriores, ya sea de origen antiguo o medieval. Pero no es hasta en el mundo moderno donde el constitucionalismo logra consolidarse.³ No es lugar para llevar a cabo una explicación histórica del cómo se han conjugado tanto la tradición norteamericana como francesa en la actualidad (Blanco, 2010), pero lo que queremos subrayar al respecto es, que tanto al hablar de constitucionalismo moderno como neoconstitucionalismo, e incluso constitucionalismo a secas, nos estamos refiriendo a un mismo fenómeno jurídico que tiene por objeto precisamente la limitación del poder.

En lo que respecta al NCL, las cosas no parecen ser distintas. Efectivamente, el NCL es complejo de definir; incluso, existe un desacuerdo en torno a su surgimiento y cuáles constituciones lo conforman. Empero, apoyados en la poca doctrina que hay al respecto, se han encontrado “elementos articuladores” (Pazmiño, 2009, p. 27) de algunos de los procesos constituyentes que germinaron a finales del siglo xx hasta nuestros días. Incluso, se afirma que existen algunas “tendencias comunes” (Uprimny, 2011, p. 110) que permiten ulteriores análisis partiendo incluso de una posición más estable.

Además, hay que mencionar que el NCL surge de reivindicaciones sociales y movimientos con tinte popular. Por otro lado, a diferencia del constitucionalismo moderno, el NCL no tiene planteamientos teóricos tan desarrollados. Por consiguiente, se puede afirmar que este carece de cohesión y articulación.

³ Para una mayor profundización del tema: Fioranti, M. (2011). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, p. 19 y Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta, pp. 125-135.

Por citar un ejemplo de la falta de cohesión que existe en el momento de señalar las experiencias constitucionales que se consideran como parte del NCL, Rodrigo Uprimny (2011) considera que es posible encuadrar en este fenómeno jurídico los cambios constitucionales que se han suscitado a partir de los años ochenta. Por tanto, el autor considera que, Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Colombia (1991), hasta Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), y Bolivia (2009), llevan consigo una especie de “aire de familia” ya que comparten rasgos que permiten diferenciarlos de otros sistemas jurídicos que se gestaron en el pasado.

No obstante, a criterio de Salazar Ugarte (2013), las experiencias constitucionales a las que se refiere Uprimny, a lo mucho, son “primas lejanas”, pues se tratan de ordenamientos que en algunos casos hablan de reformas profundas y otras parciales. Incluso, algunos de los casos que señala el autor, hacen referencia a auténticos procesos constituyentes donde se instauró una nueva Constitución de forma más o menos democrática.

En todo caso, en adelante, consideramos como objeto de análisis aquellas constituciones que son productos de procesos constituyentes que, con un determinado contenido, podrían denominarse según Boaventura De Sousa (2010) como “transformadoras” o, siguiendo el adjetivo de Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2012), como “rupturistas”. Nos referimos entonces a la Constitución de Venezuela de 1999, la de Ecuador del 2008 y la de Bolivia de 2009.⁴ La particularidad que guardan en común las experiencias constitucionales señaladas, independientemente de los arreglos institucionales que más adelante veremos, es que llevan consigo una orientación política muy particular: buscan acercar el poder al pueblo. En efecto, tal como afirma De Sousa (2010):

un constitucionalismo desde abajo protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades) (p. 57).

2.1. Rasgos identificadores

Antes de indicar algunos de los rasgos identificadores de las constituciones que son consideradas como parte del NCL es importante comentar la siguiente precisión. El constitucionalismo contemporáneo es un óptimo escenario donde reaparece la

⁴ Al respecto, De Sousa Santos (2010) enfatiza los cambios políticos en Bolivia y Ecuador. Los tres documentos constitucionales que advertimos son el punto de referencia de análisis de algunos autores que han dedicado tiempo al estudio del NCL. Véase: Salazar, P. (2013). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (o un ornitorrinco jurídico)”, p. 55 y Viciano, R. y Martínez Dalmau, R. (2012). “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, p. 35. Aunque los autores hacen referencia únicamente a Ecuador y Bolivia. Por otro lado, es de destacar que tanto los procesos constituyentes de Colombia y Brasil son considerados en cierta medida como antecedentes del NCL. Pero, no son pues hasta las constituciones venezolana, ecuatoriana y boliviana donde se plasman cambios significativos. Al respecto véase: Villabela, C. M. (2010) “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (25), p. 56.

tensión entre razón y voluntad. Es decir, siguiendo a Ansuátegui Roig (2014), la razón es la de la constitución y los derechos consagrados en ella; a diferencia entonces de la voluntad, que es constituida por la expresión de exigencias éticas fuertes, que surgen de la mayoría. De tal forma, que “puede haber tensión para que la que las decisiones de la mayoría significan un potencial peligro, y una voluntad mayoritaria que puede verse limitada en sus posibilidades por las “razones constitucionales” (Ansuátegui, 2014, p. 157). En otras palabras, utilizando la pregunta insistente de Norberto Bobbio (2010): “¿cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o de el de los hombres?” (p. 167). Las diversas respuestas han suscitado los más acalorados y apasionantes debates de la filosofía política. Es pues en esta dimensión donde prácticamente el NCL constituye un auténtico laboratorio de pruebas que contribuye a reflexionar en torno a lo que se conoce como la gran fractura del constitucionalismo, que es, precisamente, una deuda en términos democráticos (Fioravanti, 2011, 2014).

Dicho lo anterior, daremos paso a la identificación de algunos rasgos que suelen advertirse del llamado NCL. Pues bien, como se ha dicho en la introducción del presente ejercicio, el tema del poder constituyente y reforma constitucional será abordado en el siguiente capítulo, pues consideramos que deben ser tratados aparte debido, entre otras cosas, al impacto que tienen en la tensión democrática.

Ahora bien, la primera nota de identidad del NCL tiene que ver con un aspecto que puede ser considerado como toral y que se desprende del acto del poder constituyente. Es decir, la participación va mucho más allá una vez instaurada la constitución, pues se prevén herramientas que acercan al pueblo a esferas determinantes del poder. En efecto, se contemplan mecanismos democráticos como: la iniciativa popular, legislativa y constitucional; el referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio y abrogatorio o los cabildos abiertos o populares (Pisarello, 2009). Un ejemplo de lo anterior puede revisarse en el artículo 11 de la Constitución de Bolivia, artículo 100 de la Constitución de Ecuador y el artículo 70 del Ordenamiento Venezolano.

Otra nota característica se ve reflejada en el diseño institucional del control de constitucionalidad. En este sentido, se ha tratado de solventar la tensión que demanda que el órgano con menor legitimidad democrática tenga la última palabra, es decir, el Tribunal Constitucional (Gargarella, 1997, pp. 55-70). Como prueba de ello, se ha establecido la posibilidad de proponer, así como de objetar candidatos al máximo Tribunal Constitucional. De hecho, el caso boliviano es realmente especial, pues se prevé que la elección de los miembros del tribunal se forma directamente por parte de la ciudadanía.⁵ De esta forma, pareciera entonces que las constituciones del NCL se tomarán en serio la tensión democrática que se vive en el seno del constitucionalismo. Además, se determina expresamente que los criterios de interpretación de los preceptos constitucionales sean al tenor literal del texto. Lo anterior, para evitar un exceso por parte del Tribunal Constitucional (Salazar, 2013, p. 61).

⁵ Artículo 198 de la Constitución de Bolivia. “Las magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

Por último, otra nota de identidad que es relevante destacar tiene que ver con la implementación de nuevas funciones y poderes del Estado que se apartan de la tripartición liberal clásica (Micaela, 2014, p. 285). En este sentido, la Constitución de Ecuador en su Capítulo V, Título IV crea el “Poder de Transparencia y Control Social”. Por su parte, la Constitución de Venezuela prevé un poder denominado “ciudadano” en el Título V, Capítulo IV. Por otro lado, la Constitución de Bolivia crea un órgano denominado “Participación y control social”. Artículos 241 y 242. Evidentemente la propuesta de las constituciones que conforman el NCL genera que el diseño institucional sea más confuso, además de potenciar tensiones significativas dentro del Estado (Gargarella y Courtis, 2009, p. 41).

En todo caso, consideramos que la Constitución de Bolivia representa un Ordenamiento que ha buscado romper con los ejes que por tanto tiempo ha defendido el constitucionalismo clásico. Teniendo como firme objetivo, la igualdad material entre las personas y grupos que se han visto marginados por tantos años (Viciano y Martínez, 2012, p. 48).

3. Poder constituyente y reforma constitucional en el NCL

Uno de los diseños institucionales que ha causado mayor controversia en el constitucionalismo es, precisamente, el llamado poder constituyente. Al respecto, es oportuno recordar que las constituciones del mundo moderno, y también en su origen, llevan consigo contradicciones en sede interna. Es decir, toda Constitución moderna se encuentra edificada con la intención de albergar dos valores de suma importancia como lo son: la democracia y los derechos. Dicho de otra forma, si utilizamos la vieja y ya clásica distinción entre la parte orgánica y dogmática, esto es, por un lado, la sección donde generalmente se contemplan las bases para la organización del poder del Estado, y, por otro lado, la sección en la que se dedica un listado más o menos amplio de derechos. Es precisamente en la arquitectura de ambas secciones donde se encuentra la contradicción constitucional fundamental. Al respecto, en palabras de Gargarella (2014): “la existencia de esta primera y fundamental tensión marca desde su nacimiento, el carácter de cualquier Constitución” (p. 229).

En el caso que nos ocupa se ha manifestado que las constituciones del NCL se distinguen de aquellas que defienden el llamado constitucionalismo liberal, ya que carecen de procesos constituyentes democráticos. Apostando, por asambleas de carácter elitista representando únicamente al poder político dominante, alejándose por completo de la naturaleza del soberano, es decir, el pueblo (Álvarez, 2013). De ahí, que los procesos constituyentes del NCL sean calificados como un “constitucionalismo sin padres” (Viciano y Martínez, 2012, p. 25).

La afirmación anterior puede ser víctima de ulteriores críticas. No obstante, lo que se quiere subrayar al respecto es la distinción con las corrientes neoconstitucionalistas. Por citar un ejemplo, es bien conocido que en la obra capital de Zagrebelsky (2011) denominada *El derecho dúctil*, uno de los argumentos gira en torno a demoler el concepto de soberanía, al grado incluso de reclamar su muerte.

En lo que respecta a la presunta originalidad del NCL, en referencia a un poder constituyente democrático, es evidente que conecta directamente con el pensamiento de Jean Jacques Rousseau. De tal forma, que el padre intelectual será entonces el nacido en Ginebra. Lo que, en todo caso, el NCL busca potenciar mecanismos de participación popular con el objeto de acercar el poder al pueblo. Así lo ha manifestado Salazar Ugarte (2013) al señalar que

La idea de que la Constitución sólo es legítima cuando proviene de un Poder Constituyente Popular y opera —más allá de los poderes e instituciones tradicionales propias del constitucionalismo liberal— mediante figuras que activan la participación directa sería el eje que estructura a este modelo constitucional (pp. 69-70).

Por otra parte, es importante también recalcar que, desde esta coordenada, el NCL no es del todo original. No lo es solamente porque su raíz teórica provenga de la obra de Rousseau, sino que también existe una tradición en el mundo anglosajón con una trayectoria defendiendo tesis semejantes. Nos referimos precisamente al constitucionalismo popular (Kramer, 2011). Por la naturaleza de nuestro texto, es imposible detenernos en las diversas versiones y características que proporciona la doctrina. Sin embargo, se trata de un constitucionalismo que maduró en los EE. UU. en la denominada agenda de los “antifederalistas” (Salazar, 2013, p. 69). En palabras de uno de los padres intelectuales de dicho pensamiento:

El constitucionalismo popular es una teoría constitucional que desarrolla la observación de Rousseau sobre la democracia representativa, según la cual el pueblo de Gran Bretaña era libre al momento de emitir su voto para elegir al parlamento para después pasar a ser esclavo (Tushnet, 2013, p. IX).⁶

Lo que pretendemos destacar es que el NCL tiene escasa originalidad con respecto a la justificación teórica de sus diseños institucionales. Por consiguiente, el llamarlo como “constitucionalismo sin padres” (Viciano y Martínez, 2012, p. 25) nos parece un tanto aventurado por los cimientos teóricos existentes, ya arriba descritos.

También, es pertinente mencionar que la elaboración de una constitución es todo un proceso por demás complejo en donde confluyen una serie de factores de índole político, económico, social y cultural. En lo que respecta a los procesos constituyentes venezolano, ecuatoriano y boliviano, estos tienen varias notas en común que es prácticamente lo que se destaca de manera insistente, como son: “una propuesta social, precedidas de movilizaciones que demostraban el factor de necesidad y confió en una asamblea constituyente plenamente democrática” (Viciano y Martínez, 2012, p. 32).

⁶ Más adelante agrega: “Como uno de los fundadores de la teoría contemporánea del constitucionalismo popular, me parece que un siguiente paso importante radica en identificar mecanismos institucionales que permitan el ejercicio regular de la soberanía popular, o dicho de otra manera, mecanismo a través de los cuales el poder constituyente pueda ejercerse de manera más o menos regular sin necesidad de contar con el espasmódico compromiso de los momentos constitucionales ackermanianos, que descansan en la creación de asambleas constitucionales formales”. (Tushnet, 2013, p. IX).

Además, debemos de tener presente que debe ser activado el constituyente mediante un referéndum, así como uno aprobatorio. No obstante, lo anterior lleva consigo algunos inconvenientes de interpretación. Por ejemplo, y desde nuestra óptica, es donde prácticamente se encuentra edificada la justificación de activar un determinado poder constituyente. Nos referimos al elemento denominado “necesidad constituyente” (Viciano y Martínez, 2012, p. 34).⁷

En efecto, una de las críticas que puede dirigirse a quienes defienden el concepto de “necesidad constituyente” tiene que ver con el amplio margen de posibilidades que se pueden presentar. Es decir, para activar el poder constituyente, es necesario que exista una profunda crisis social y política, que servirá como detonante. La crisis se hará visible mediante protesta social compuesta por un gran número de personas. A pesar del esfuerzo por describir en qué momento ocurre la “necesidad”, es por demás endeble la propuesta. Lo es en el sentido de que existe bastante elasticidad con el manejo de la expresión. Lo mismo ocurre cuando se habla de rigidez constitucional, ya que para algunos bastará con algunos mecanismos para determinar una extrema rigidez y, para otros será insuficiente. De tal forma, que especificar de forma precisa cuándo se puede proporcionar la etiqueta de “necesidad constituyente” es bastante ambiguo y arriesgado.

Lo mismo ocurre con la propuesta teórica que ha desarrollado Bruce Ackerman (2014). En efecto, el autor, apoyado en el marco de la historia constitucional estadounidense de una tradición de gran rigidez que es visible en la Constitución de los Estados Unidos, hace prácticamente inviable una reforma total. De ahí, que este distingue entre dos clases de decisiones políticas o momentos políticos, que ha denominado: constitucional y corriente. La diferencia más nítida entre ambos momentos se puede rastrear en las llamadas “circunstancias de la política” (Waldron, 2005, p. 123), en donde una decisión será tomada por el pueblo y la otra por el gobierno (Ackerman y Rosenkratz, 1991).

No podemos detenernos más en distinguir detalladamente la distinción que lleva a cabo Ackerman, basta por el momento mencionar que los llamados “momentos constitucionales” ocurren en raras ocasiones y que son producto de una determinada “exaltación política” (Ackerman, 1999, p. 185). A diferencia de los momentos ordinarios o corrientes, pues se dan de forma mucho más frecuente y no es necesaria la participación del pueblo. Al respecto, queremos subrayar que los requisitos que tanto los teóricos del NCL y la propuesta de Ackerman encaminan a una serie de inconvenientes, los cuales han sido ya resaltados por algunos doctrinistas, destacando que se expone una amplia dificultad cuando se está frente a un momento de interpretación constitucional a que refiere a la inauguración de un nuevo paradigma (Gargarella y Curtis, 2009).

En lo que respecta al NCL, es claramente ejemplificativo el artículo 347 de la Constitución de Venezuela en el que se establece: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar

⁷ Por citar un ejemplo, Ecuador, durante el periodo de “1979 a 2007, ha estado gobernado por 12 presidentes, de los cuales 8 fueron electos para ese cargo directamente por sufragio popular, 3 accedieron al poder a través de mecanismos de sustitución presidencial establecidos por la Constitución y uno más, Alarcón, fue designado presidente interino, aunque dicha figura no estaba contemplada en la Constitución de 1978” (Astudillo, 2009, p. 291).

una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Desde esta óptica, es evidente la diferenciación que existe entre un poder constituyente originario y los poderes constituidos. En el caso del denominado originario, no tiene límites, esto es, no existen cotos vedados (Garzón, 1989) ni esferas de lo indecible (Ferrajoli, 2014). No obstante, los poderes constituidos, como lo es, el poder de reforma constitucional, se encuentran supeditado a una serie de límites tanto sustanciales como formales.

En suma, es evidente que quedan muchas interrogantes al respecto. Algunas de ellas, tienen que ver con el cómo se llevará a cabo un nuevo poder constituyente. Ya que, de lo contrario, la interpretación dará bastantes opciones. En todo caso, consideramos que la constitución debe de tener una suerte de estabilidad y no ser objeto de la política ordinaria o corriente. Es decir, se debe prever que la reforma constitucional se lleve a cabo exclusivamente “cuando la cuestión no pueda resolverse en el marco de la política ordinaria, y resulte necesario cambiar las reglas mismas del juego” (Gargarella y Curtis, 2009, p. 14). De lo contrario, asistiremos a una constitución parchada y condicionada por el poder, como es el caso de la Constitución mexicana.⁸

4. Reflexiones finales

En este último apartado de nuestro trabajo, esbozaremos una serie de reflexiones que buscan, en todo caso, ser la plataforma para ulteriores análisis y debates. Una de las críticas que pueden llevarse a cabo con respecto al contenido de las constituciones del NCL es, precisamente, el amplio catálogo de derechos, al grado incluso de calificarlo como poético. De ahí, que se alude que las constituciones no hablan de una realidad, sino que prevén sueños y aspiraciones que no tienen ningún contacto con la realidad (Gargarella y Curtis, 2009, p. 14). De esta forma, tal como afirma Salazar Ugarte (2013): “las constituciones del NCL son complejas, intrincadas y contradictorias” (p. 59).

Por otro lado, no se debe perder de vista que las buenas intenciones de los constituyentes a finales e inicios del presente siglo se vieron fuertemente minimizadas al reforzar facultades propias del presidencialismo. Lo que Uprimny (2011) ha denominado como “cesarismo democrático” (p. 131) se ha convertido en una “democracia en clave populista” (Salazar, 2013, p. 81). Lo anterior, ha sido abordado con profundidad por el filósofo argentino Carlos Santiago Nino (1992). En efecto, para el autor, dicho fenómeno lo ha denominado como el “hiper-presidencialismo”, que afecta seriamente el llamado “proceso epistémico de la democracia” lo que alejaría de forma considerable exigencias propias de una concepción deliberativa de la democracia (Nino, 1992).

⁸ Es por demás conocido que la dinámica constitucional mexicana es un caso emblemático por el número tan devastador de reformas a la Constitución desde su promulgación en 1917. A la fecha, asistimos a poco más de 700 reformas de un total de 136 artículos. Durante el presente sexenio presidencial, se ha reformado la Constitución en 155 ocasiones. Con respecto a la dinámica y procedimiento de reforma constitucional en México, véase: Carbonell, M. (1998) *Constitución, reforma constitucional y fuentes de derecho en México* y Chávez, J. (2017). “Notas sobre la rigidez constitucional en México. (A propósito del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Letras jurídicas. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, (24).

Por último, debemos mencionar que el presente ejercicio busca generar debate en torno a lo que se ha denominado como NCL. Sin olvidar, evidentemente, que nos encontramos con un fenómeno en periodo de construcción doctrinal. No obstante, consideramos que el NCL es un excelente laboratorio de pruebas que permite seguir explorando alternativas en torno a la deuda democrática que se la ha demandado por tanto tiempo al constitucionalismo. De ahí, la importancia de analizar los alcances de los diseños institucionales que proponen las constituciones del NCL que intentan solventar las carencias democráticas que hoy en día las constituciones modernas no han podido remediar.

5. Referencias

- Ackerman, B. (1999). ¿Un neofederalismo? En Comps. J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, pp. 176- 216. México: Fondo de Cultura Económica de México.
- Ackerman, B. (2014). *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. España: Instituto de Altos Estudios Nacional y Traficante de Sueños.
- Ackerman, B. y Rosenkratz, C. (1991). Tres concepciones de la democracia constitucional. En Comp. VVAA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, pp. 15-31 . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, L. (2013). Sobre la idea de pueblo. Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana. En A. Micaela Alterio y R. Niembro Ortega , (Coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, pp. 71-93. México: Porrúa.
- Ansuátegui, F. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Ansuátegui, F. (2014). Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En F. M. Mora Sifuentes (Coord), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, pp. 157 - 186. México: Fontamara.
- Astudillo, C. (2009). Algunas reflexiones sobre el proceso constituyente en América Latina con especial referencia a Ecuador. En J. M. Serna de la Garza (Coord), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, pp. 285 - 329. México: UNAM.
- Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.
- Blanco, R. (2010). *El valor de la Constitución*. España: Alianza.
- Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. El Alto: Publicado el 7 de Febrero de 2009.
- Bobbio, N. (2010). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica de México.
- Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes de derecho en México*. México: UNAM.
- Chávez, J. (2017). Notas sobre la rigidez constitucional en México. (A propósito del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). *Letras jurídicas. Revista Elec-*

trónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega, (24) pp. 1 – 34. Recuperado de: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/295/293>

- De Sousa, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Atropofagia.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, (6), pp. 55 – 70.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Argentina: Katz.
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *Series Políticas*, (153), pp. 3 – 45.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa*, (6), pp. 209 – 213.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Micaela, A. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (8), pp. 227 – 306. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100008&lng=es&tlng=es
- Nino, S. (1992). *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pazmiño, P. (2009). Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, (67/68), pp. 27 – 54.
- Pisarello, G. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999*. Recuperado de: <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>
- Pozzolo, S. (2011). Notas al margen de una historia del neoconstitucionalismo. En ID. (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, pp. 13 – 87. Perú: Palestra.
- Salazar, P. (2013). *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*. México: Fontamara.
- Tushnet, M. (2013). Prefacio. En A. Micaela Alterio y R. Niembro Ortega (Coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, pp. IX - XII. México: Porrúa.
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 109 – 138. Buenos Aires: Siglo XXI.

Venezuela. Poder Electoral. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Gaceta Oficial 5.908.

Viciano, R. y Martínez, R. (2012). Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En R. Viciano Pastor (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, pp. 1- 24. España: Tirant lo Blanch.

Villamela, C. M. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (25), pp. 49 – 76. Recuperado de: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/216/210>

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Reforma pensional: un análisis desde los derechos fundamentales y el principio de sostenibilidad financiera

Pension reform: an analysis from fundamental rights and from the principle of financial sustainability

Jorge Alberto Botero Díaz¹
Carlos Arturo Cataño Correa²
Laura Victoria Jurado Sánchez³
Rodrigo Garzón Castro⁴

Recibido: 18/09/2019. Aprobado: 25/11/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Botero, J. A.; Cataño, C. A.; Jurado, L. V.; Garzón, R. (2019). Reforma pensional: un análisis desde los derechos fundamentales y el principio de sostenibilidad financiera. *Revista Nuevo Derecho* 15(25): 34-52.

Resumen

Se presenta en este artículo una síntesis de las recomendaciones de la Comisión de Gastos e Inversión Pública, respecto al gasto y régimen en pensiones; se indaga sobre las razones de dichos cambios y su impacto enfatizando en tres partes: principio de sostenibilidad financiera, derecho a la pensión y reforma pensional como tema central; dada su importancia, para lograr las metas de ajuste fiscal que requiere el país para la viabilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones. A través de una investigación cualitativa, desarrollada con un método hermenéutico crítico, se valoró el impacto del conjunto de las propuestas de ajuste que realiza la Comisión, y que se complementan con estudios de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) y la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo); y se concluye que dichas propuestas logran los objetivos de eficiencia en el gasto, disminución del déficit fiscal y racionalización de la deuda pensional.

Palabras clave: reforma pensional estructural, principio de sostenibilidad financiera, equilibrio fiscal en pensiones, sostenibilidad fiscal, derecho a la pensión.

¹ Abogado de la Institución Universitaria Envigado. Contador Público de la Universidad de Antioquia. Magister en Administración de la Universidad de EAFIT, Especialista en derecho al trabajo y de la seguridad social y Especialista en Derecho Tributario de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente labora en INTERCOLOMBIA, empresa del Grupo ISA dedicada a la transmisión de energía en Colombia. Correo Electrónico: tiocolombia@gmail.com

² Abogado de la Universidad Autónoma latinoamericana y Administrador de empresas agropecuarias, Universidad Lasallista. Especialista en derecho al trabajo y de la seguridad social. Actualmente labora en Almacenes Generales de Depósitos de Café- ALMACAFE-. Correo Electrónico: ccatanocorrea@gmail.com

³ Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en derecho al trabajo y de la seguridad social. Litigante, excontratista de la firma Defensas Jurídicas Asociados S.A.S. para la defensa de Colpensiones. Correo Electrónico: laurijurado@hotmail.com

⁴ Abogado de la Universidad la Gran Colombia. Especialista en derecho al trabajo y de la seguridad social. Actualmente labora en Grupo Antioqueño de Neurología Pediátrica S.A.S. Correo Electrónico: rodrigar78@hotmail.com

Abstract

This article presents a synthesis of the recommendations of the Committee on Public Expenditure and Investment regarding pension expenditure and scheme; it investigates the reasons for these changes and their impact, emphasizing in three parts: principle of financial sustainability, pension rights and pension reform as a central theme; given their importance, to achieve the fiscal adjustment targets required by the country for the financial viability of the social security system in pensions. A qualitative study, carried out using a critical hermeneutic method, assessed the impact of all the adjustment proposals made by the Commission, and supplemented by studies by the National Association of Financial Institutions (ANIF) and the Foundation for Higher Education and Development (Feddesarrollo); and it is concluded that these proposals achieve the objectives of expenditure efficiency, reduction of the fiscal deficit and rationalization of pensionable debt.

Keywords: Structural pension reform, principle of financial sustainability, fiscal balance in pensions, fiscal sustainability, right to pension.

1. Introducción

El 28 de febrero de 2017 se creó la Comisión del Gasto y la Inversión Pública, de conformidad con lo señalado en el artículo 361 de la Ley 1819 de 2016. De acuerdo con la normatividad señalada, el propósito de la Comisión era el de revisar, entre otros, los programas de subsidios y de asistencia pública, los criterios de priorización de la inversión, las inflexibilidades presupuestales, las rentas de destinación específica y los efectos sobre la equidad y la eficiencia de las decisiones de gasto, con el objeto de proponer reformas orientadas a fortalecer la equidad, la inclusión productiva, la formalización y la convergencia del desarrollo entre zonas urbanas y rurales, la redistribución del ingreso, la eficiencia de la gestión pública y el fortalecimiento del Estado.

En el contexto de alcanzar un déficit total estructural del 1% del PIB en 2022, la Comisión se enfocó en determinar posibles ganancias en eficiencia, eficacia y equidad del gasto en los recursos actualmente disponibles, en los diferentes sectores, procesos y tópicos analizados. Dentro de estos tenemos el gasto en pensiones, donde la Comisión da unas recomendaciones de reforma al régimen pensional; las cuales, corresponden a lineamientos generales de política, que deben considerar este y los próximos gobiernos, con el fin de lograr un gasto más eficiente, eficaz y que contribuya a la equidad (Comisión del Gasto e Inversión Pública, 2017b).

En este artículo se pretende determinar cómo impactan las propuestas de ajuste al régimen de pensiones originadas por la Comisión y otros gremios, a la luz del derecho fundamental, a la pensión y el principio de sostenibilidad financiera; tema relevante en materia de seguridad social, que constituye parte de los avances y retos del ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y uno de los mecanismos para que este y futuros gobiernos alcancen las metas de déficit fiscal a largo plazo.

Es por ello que, mediante una investigación cualitativa, desarrollada con un método hermenéutico crítico, se buscó:

1. Describir el principio de sostenibilidad financiera en el sistema general de pensiones.
2. Identificar la línea jurisprudencial sobre el derecho fundamental a una pensión.
3. Analizar el contexto económico del gasto público en pensiones, estado actual del sistema y las propuestas de ajuste al régimen de pensiones, su fundamentación e impactos.

Dichos objetivos constituyen los factores de análisis y a su vez conforman las partes en que se divide este artículo.

2. Principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones

2.1. Contexto histórico

En Colombia, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se crea un sistema dual de pensiones, manteniendo por un lado el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por Colpensiones y, por el otro, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) gestionado por las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), hoy todas de carácter privado. Esta creación se llevó a cabo con el objetivo de resolver los problemas de cobertura y poca sostenibilidad que estaba enfrentando el sistema, para lograr atenuar el déficit y la deuda pública que estaba presente. Aunque la misma Ley quiso cubrir el ciento por ciento de la población en el sistema pensional, creando un fondo de solidaridad pensional, que buscaba atender a quienes no contaban incluso con un trabajo formal, y que obtenían un salario por debajo del mínimo legal vigente; no logrando superar la dificultad financiera y los problemas de cobertura que continuaron presentándose (Congreso de la República, Ley 100, 1993).

Posteriormente se genera la Ley 797 de 2003, la cual obligaba a todos los trabajadores independientes a realizar cotizaciones al sistema general de pensiones, pensando en mejorar la situación, pero sin prever que, al aumentar el número de semanas de cotización, estaba imponiendo unos requisitos más gravosos para que las personas pudieran acceder al derecho pensional (Congreso de la República, Ley 797, 2003).

Hasta ese momento, ninguna de las figuras creadas arrojaba resultados positivos en la mejora del déficit financiero; lo que conllevó a que en el año 2005 se promulgara el Acto Legislativo 01, con el cual se incluyó en nuestra Constitución Política, el principio de sostenibilidad financiera; el cual pretendía garantizar el pago de las pensiones tanto para quienes estuvieran afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como a quienes estuvieran vinculados en el Régimen de Ahorro Individual.

2.2. Principio de sostenibilidad financiera

La Sentencia C-1024, en donde la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de artículos 2º, 3º y 9º de la Ley 797 de 2003, es un referente importante a la hora de comprender el alcance del principio de sostenibilidad financiera en el sistema pensional y cómo se enmarca en nuestra legislación. La Corte, al referirse a la libre elección del régimen pensional, estableció:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros (Corte Constitucional, C-1024, 2004).

Con lo anterior, la Corte Constitucional consideró que, ese periodo de carencia o permanencia en cada régimen conduce a un beneficio directo para las personas a las que se les aplique, ya que asegura la sostenibilidad del sistema pensional, conservando los recursos económicos necesarios para cumplir con el pago de las pensiones futuras y el reajuste a que haya lugar, sin ser contrario a la Constitución. Así mismo, para nuestro legislador, lo que vemos aquí, es un principio de libre elección de régimen, que se estableció en la Ley 100 de 1993; dentro del cual, se incluyeron unas condiciones para dar más estabilidad y sostenibilidad al sistema, ampliando el plazo para cambiarse entre regímenes cada 5 años y limitando el traslado, en el tiempo de referencia, para quienes les falte menos de 10 años para pensionarse. Se evidencia que los principios fundamentales de universalidad y eficiencia no se ven afectados.

El Acto Legislativo 01 de 2005 enfatiza en que es deber del Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, a través del respeto por los derechos adquiridos de las personas; esto es, garantizar el derecho a la pensión cuando se ha cumplido con la edad, tiempo de servicio y semanas de cotización o capital requerido. Por lo tanto, es el Estado el encargado de pagar la deuda pensional que está a su cargo, a través del régimen que administra y garantizando los derechos de todos los afiliados. En este sentido, el principio de sostenibilidad financiera conlleva a que, por ningún motivo las pensiones pueden dejarse de pagar si ya han sido concedidas, y de igual manera, no pueden congelarse o reducirse su valor por parte del Estado. Es importante anotar que, a partir de este Acto Legislativo, se empiezan a establecer unas medidas de protección al principio de sostenibilidad financiera, en cuanto a la prohibición de causarse pensiones superiores a los 25 SMLMV, con cargo a los recursos públicos; lo anterior en aras de salvaguardar el sistema y propender por el beneficio común y de las generaciones próximas a pensionarse.

En concordancia con el principio de sostenibilidad financiera, se hace referencia también al principio de sostenibilidad fiscal (establecido dentro del Acto Legislativo 3 de 2011), que emana también de la esfera estatal; el cual busca proteger la economía general del país, teniendo en cuenta la racionalización de los recursos con que cuenta el Estado para cumplir sus fines, en relación con el gasto público como prioridad, dentro del cual se encuentra el presupuesto pensional y los recursos financieros que se requieren para su ejecución.

3. Derecho a la seguridad social y derecho fundamental a la pensión

3.1. Origen y contexto histórico

La seguridad social es un instrumento que satisface las necesidades humanas y surge de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor colectivo. Emerge en la concepción del Estado de bienestar y se constituye como un elemento irrenunciable, al que todo sujeto tiene derecho (Monsalve, 2018). La Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se vio fortalecida por la declaración de Filadelfia de 1944, se va a preocupar no solo de la relación laboral, sino de la seguridad social. En diversos convenios, los cuales no han sido ratificados por Colombia, plantean la necesidad de que los trabajadores deben estar protegidos ante contingencias como la vejez, la invalidez y la muerte; mencionándose entre ellos el Convenio 128 y la Recomendación 131 que establecen una relación automática entre las prestaciones y los salarios (Dueñas, 2013, p. 98).

La seguridad social tiene especial protección por parte del Estado, debido a que esta se constituye como derecho fundamental. En los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la seguridad social de una manera dual, esto es, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y se reconoce como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El gobierno entendió el derecho irrenunciable a la seguridad social como un principio de actuación del Estado, que viene atado a la progresividad de la cobertura. De esta forma, se posibilitaría conciliar el afán de mejorar el bienestar de la población, vía incremento en la cobertura de la seguridad social, con la restricción presupuestaria (Dueñas, 2013, pp. 99-101).

El Estado tiene la obligación de dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución, en sus componentes principales, salud, pensión y riesgos laborales; fortaleciéndose y complementándose con los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha dejado claro al establecer que el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de tres aspectos, su carácter irrenunciable, su

reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia, su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad (Corte Constitucional, T-719, 2011b).

Antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el sistema pensional en Colombia estaba conformado por un régimen general en pensiones —Régimen de Prima Media (RPM)— y unos regímenes pensionales especiales, los cuales eran administrados por el Instituto de los Seguros Sociales (creado con la Ley 90 de 1946). La reforma de la Ley 100 de 1993 incorporó dos regímenes generales y los exceptuados del artículo 279.

Frente a los generales, podría decirse, que tienen los siguientes esquemas de financiación:

(i) RPM funciona como un esquema de beneficio definido y se financia según un esquema de reparto simple y con aportes del presupuesto general de la Nación. Las contribuciones de los afiliados, derivadas de aportes individuales (independientes) o concurrentes (asalariado), van a un fondo común del que se retiran recursos para pagar las pensiones de vejez y sobrevivencia, además de otras prestaciones como la indemnización sustitutiva, cuando no se alcanzan las condiciones para una pensión mínima, y el auxilio funerario. En los recursos del Fondo común se incluyen los bonos pensionales que constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones y por cuotas partes pensionales, siendo estas un mecanismo de financiamiento para pensiones otorgadas a servidores públicos por invalidez, vejez y muerte y se determina en proporción al tiempo laborado en las respectivas entidades empleadoras públicas.

(ii) RAIS se financia por medio de un ahorro individual, el cual proviene de los aportes mensuales del afiliado, individuales o concurrentes; incluidos sus rendimientos financieros y el bono pensional, si hubo lugar a la expedición de este (Superintendencia Financiera, 2006).

Con relación a los *Regímenes Exceptuados* podría identificarse las siguientes características:

(i) Régimen pensional de las fuerzas militares y de la policía nacional (artículo 279 de la Ley 100 de 1993; Decreto-ley 1214 de 1990; artículos 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia). Se caracteriza por el requisito de un tiempo de cotización menor al del Sistema General de Pensiones. A partir de 2004, el tiempo de servicio exigido para acceder a la asignación de retiro (equivalente a la pensión de vejez), es de 20 años en caso de retiro forzoso y de 25 por retiro voluntario. La asignación de retiro se calcula con una tasa de reemplazo que oscila entre un 50% y un 95% del sueldo básico más haberes.

(ii) Régimen pensional de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Ley 100 de 1993, artículo 279 inciso segundo). En este régimen, tanto hombres como mujeres pueden acceder a pensión a los 57 años, a diferencia del sistema general de pensiones en el que los hombres deben esperar hasta los 62 años.

(iii) Régimen pensional de trabajadores de Ecopetrol (Ley 100 de 1993, artículo 279 inciso 4).

Por su parte los *Regímenes Especiales* tienen condiciones especiales en razón de la actividad. Los requisitos para acceder a los beneficios pensionales son menos exigentes que los del régimen dual del Sistema General de Pensiones y los beneficios pensionales son superiores a los del RPM y el RAIS. Tenemos entre ellos: régimen pensional en las actividades de alto riesgo; pensión especial de vejez para madres con hijos discapacitados; régimen pensional del periodista; régimen especial de los deportistas, magistrados y congresistas, presidente de la república, aviadores civiles, rama jurisdiccional y del ministerio público.

3.2. El derecho a la pensión como un derecho fundamental

La seguridad social es un derecho fundamental que ha evolucionado con los diferentes tratados internacionales adoptados por Colombia, dentro de los cuales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que describe que todo Estado parte debe reconocer el derecho a la seguridad social de todo individuo.

La Corte Constitucional ha evolucionado en sus posturas, dado que, reconoce que la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable de carácter público, que mantiene una estrecha relación con la dignidad humana. Duque y Duque (2016) afirman que han sido tres momentos por los que ha pasado el tema del derecho a la pensión (tabla 1).

Tabla 1. Momentos del derecho a la pensión.

Momento 1 (1991-2003)	Momento 2 (2003-2009)	Momento 3 (2009-2015)
Derecho prestacional conexo a otros derechos fundamentales	Transmutación y progresividad	Derecho fundamental autónomo
T1291/2005 T919/2005 T1230/2004 T1231/2004 C967/2003 T169/2003 SU819/1999 SU039/1998 (sentencia hito-consolidadora) T323/1996 T116/1993 T406/1992 (sentencia hito fundacional).	T777/2009 T628/2007 T580/2007 T662/2006 T943/2004 C623/2004 (sentencia hito).	T222/2018 * T039/2017* T245/2017* T693/2014 T338/2012 T176/2011 T779/2010 T431/2009* T752/2008 T468/2007* T016/2007 y T760/2008 (sentencias hito. Cambio de tesis jurisprudencial).

Fuente: elaboración propia a partir de Duque y Duque, 2016, pp. 45-48.
* Sentencias complementarias.

En el momento uno (1991-2003), la Corte reconoció que el derecho de la pensión era un derecho conexo con otros derechos, como al mínimo vital, el derecho a la salud, el derecho a la vida digna, al trabajo en condiciones dignas y justas, al mínimo vital, entre otros; condiciones que se cumplen, por ejemplo, al verse en peligro la vida y subsistencia del cotizante y sus beneficiarios, frente al mínimo vital.

En el momento dos (2003-2009), se empieza a dar un giro en términos de progresividad, en donde toma fuerza la seguridad social como un servicio público que debe ser garantizado por el Estado. En este sentido la Corte sostiene el siguiente postulado,

Se ha entendido que una actividad económica se convierte en un servicio público, cuando se dirige ‘a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público’; desde esta perspectiva, la seguridad social admite dicha categorización constitucional, por cuanto pretende la satisfacción de necesidades de carácter general, esto significa que la seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, C-623, 2004b).

En el momento tres (2009-2015), la Corte considera el derecho a la pensión como un derecho fundamental autónomo, que no necesita de norma expresa, ni requiere conexidad con otros derechos, ya que por si solo se constituye en fundamental, siendo un derecho inherente a la persona que va ligado a su dignidad humana.

Las sentencias posteriores revisten la calidad de confirmadoras de esa línea, en las que al momento de analizar la procedencia del mecanismo de la tutela se acude a los criterios de consagración constitucional, irrenunciabilidad, bloque de constitucionalidad y especial protección de los afiliados en condición de vejez, invalidez o sobrevivencia. En la Sentencia T-752 de 2008, la Corte frente el derecho a la pensión considera que, como Estado social de derecho, al estar este consagrado en la Constitución Política de Colombia, y por haber suscrito el PIDESC, se constituye en un verdadero derecho fundamental. La Sentencia T-431 de 2009 en torno al derecho a la pensión de invalidez como parte del derecho a la seguridad social reitera la jurisprudencia que se debe analizar la seguridad social como derecho fundamental. En cuanto a sentencias más recientes, cabe resaltar la Sentencia T-245 del 2017, en torno al derecho de la pensión de sobrevivientes y sustitución pensional como derecho fundamental cuando se trate de garantías de personas en condición de debilidad manifiesta.

4. Reforma pensional

La Comisión Asesora del Gobierno en su informe final desarrolló completos análisis económicos de las distintas categorías de gasto público como salud, educación y pensiones (Comisión del Gasto e Inversión Pública, 2017); y el comportamiento y

características de estos dentro de la economía colombiana. Frente al gasto en pensiones se resaltó su inflexibilidad y alto impacto de este dentro del total de gastos del Estado. Inflexibilidad referida a la nula maniobrabilidad de este gasto, ya que se trata de obligaciones que indefectiblemente el Gobierno tiene que pagar (ya que las reservas se agotaron desde el 2004 (Redacción El Tiempo, 2004)⁵ y el alto impacto entendido como su partición dentro de los gastos por transferencias y de funcionamiento del Gobierno en función de atender las pensiones de Colpensiones, y de los demás regímenes especiales (fuerza pública, magisterio y presidencia). Según cifras de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional en el presupuesto general de la Nación 2018 y proyecto 2019, el monto por pagos de pensión ascendió para el año 2018 a un 4% del PIB; para el año 2019 un 3,7% y tenían la siguiente participación en 2018: 37% de las transferencias y 26,8% del total de gastos de funcionamiento y para el 2019, 34,6% y 25,07% respectivamente (Revista Dinero, 2018).

La Comisión y diversos estudios (ANIF y Fedesarrollo) concluyeron que, la realidad económica colombiana muestra el sistema pensional de la siguiente manera: bajísima cobertura, gasto público destinado al pago de las pensiones fuertemente regresivo y generación de déficit pensional con alto impacto en las finanzas del Estado. Según la Comisión se requiere una reforma pensional que cumpla los siguientes dos objetivos fundamentales:

1. aumentar la cobertura del sistema de protección económica a la vejez, con particular énfasis en los segmentos de la población que no logran las condiciones para obtener una pensión y
2. moderar la magnitud del gasto público en pensiones y corregir la regresividad que actualmente afecta la distribución del ingreso de los mecanismos de apoyo económico para la vejez.

Para lograr dichos objetivos, la Comisión enfocó sus recomendaciones sobre seis frentes (véanse tablas 2 a 7): (i) ajustes paramétricos dirigidos a ajustar los parámetros del RPM,⁶ varios de los cuales aplican también para el acceso a la garantía de pensión mínima en el RAIS; (ii) arquitectura del sistema, sobre las entidades que participan en el sistema y cómo se relacionan entre sí, para el logro de los objetivos de este; (iii) regímenes especiales remanentes: magisterio y sector defensa; (iv) mecanismos no contributivos de apoyo económico a la vejez: Colombia Mayor y Programa de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS); (v) decisiones judiciales sobre el régimen pensional; y (vi) Formalización del mercado laboral, entendido como mecanismos que buscan fundamentalmente incrementar la vinculación de cotizantes a la seguridad social. Dichos frentes se complementan con uno más sobre el Régimen de transición (véase tabla 8) que si bien no es desarrollado por la Comisión, hace parte de los estudios de ANIF (Clavijo, Vera, Vera, Cuellar y Ríos, 2017), que permiten tener una visión más completa de la reforma.

⁵ Al Instituto de los Seguros Sociales (ISS) se le acabaron los recursos para pago de las pensiones en julio de 2004. A partir de octubre del mismo año, el pago de las mesadas se hizo en gran parte con recursos del presupuesto general de la Nación.

⁶ La reforma pensional de la Ley 797 de 2003 fue puramente paramétrica.

Tabla 2. Ajustes paramétricos.

Razones	Recomendaciones	Impactos
Con los parámetros actuales, los aportes de los trabajadores activos no son suficientes para cubrir a los pensionados de hoy, dado el proceso demográfico de aumento en la relación de pensionados a cotizantes, y tampoco alcanzan para pagar las pensiones futuras que ofrece el RPM.	<ol style="list-style-type: none"> 1) Aumentar la edad de jubilación, vinculándola de manera sistemática y periódica (cada cinco años, por ejemplo) a parámetros demográficos. Adicionalmente, igualar las edades de hombres y mujeres 2) Aumentar los porcentajes de cotización del 16% al 18%. 3) Utilizar el promedio del salario de toda la vida laboral para calcular el ingreso base de liquidación; o al menos el de los últimos veinte años y no el de los últimos diez. 4) Reducir el tope para las pensiones del RPM, que hoy es de 25 salarios mínimos. 5) Reducir la pensión de sobrevivencia a un 75%. En Colombia es del 100% de la pensión original. 6) Establecer un gravamen a las pensiones altas. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Acoplar el sistema a los cambios demográficos. 2) Reducir el déficit pensional del RPM. En el caso del RAIS, el mismo aumento contribuiría a generar mejores pensiones y a aumentar las tasas de reemplazo, aparte de reducir el déficit esperado del Fondo de Garantía de Pensión Mínima (FGPM). 3) Reducir en muchos casos de la magnitud de los subsidios y la inequidad que sufren las personas que al final de su vida laboral tienen una senda de ingresos con menor crecimiento o incluso con decrecimiento. 4) Mayor ajuste a parámetros de América Latina e incluso de países de la OCDE. 5) Ajuste de la pensión de sobrevivientes a parámetros de la mayoría de los países: 50% a 80%. 6) Disminución de los subsidios del sistema.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3. Arquitectura del sistema.

Razones	Recomendaciones	Impactos
El RPM y el Régimen de Capitalización Individual deben dejar de ser alternativas entre las cuales se puede arbitrar, estas deben pasar a complementarse en el cumplimiento de los objetivos del sistema.	<p>Opción 1. Marchitamiento del RPM (esta opción ha sido planteada con diferentes matices por ANIF y Asofondos).</p> <p>Las nuevas cotizaciones irían exclusivamente al régimen de capitalización individual y las pensiones de los pensionados actuales del RPM y de aquellos que tienen expectativas cercanas de pensión en ese régimen serían pagadas por Colpensiones, con cargo a recursos del Gobierno.</p> <p>Los nuevos cotizantes deberían ir al RAIS. Asofondos ha propuesto la creación de una entidad pública de administración de fondos de pensiones de capitalización individual, que compita con los fondos privados en el RAIS.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1) En el largo plazo se logra la eliminación de buena parte de los subsidios implícitos del RPM, especialmente los subsidios para los afiliados de mayores ingresos. 2) Para poder mantener el acceso a una pensión mínima de un salario mínimo en condiciones similares a las actuales, esta propuesta requiere del funcionamiento de un esquema de garantía de pensión mínima. Las propuestas de ANIF y Asofondos suponen la permanencia de ese Fondo y de la garantía correspondiente, con lo cual, en el largo plazo, los subsidios del sistema se limitan a los que reciben esa garantía.
La competencia entre dos regímenes con lógicas diferentes, como son el RPM y el RAIS, es atípica en el ámbito internacional y altamente inconveniente.	Opción 2. Creación de un sistema multipilar con un pilar público administrado por Colpensiones. La idea es que los trabajadores coticen por un salario mínimo al RPM administrado por Colpensiones, y a un sistema de capitalización individual por el excedente del Ingreso Base de Cotización (IBC) con respecto a un salario mínimo.	<ol style="list-style-type: none"> 1) En el sistema de capitalización individual, no existen subsidios; en el caso de la pensión que otorga el RPM, necesariamente hay un subsidio en la medida en que la pensión mínima siga siendo igual a un salario mínimo, tal como lo establece la Constitución. Adicionalmente, se da la posibilidad de tasa de reemplazo del 100%.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 4. Regímenes especiales remanentes.

Razones	Recomendaciones	Impactos
Una porción sustancial del déficit pensional que debe ser cubierto por el Gobierno nacional cada año corresponde a los regímenes especiales.	1) Magisterio: cambiar actual requisito de edad (57 años) para acceder a una pensión e igualarlo a los 62 años del SGP. 2) Fuerzas Armadas: el Gobierno no aporta como empleador y la actual cotización de sus miembros del 5% es insuficiente para financiar la asignación de retiro y sus tasas de remplazo entre 50% y un 95%. La comisión recomienda revisar el margen de cotizaciones.	1) Se reflejarían de manera más transparente los gastos futuros en que se incurre con esos beneficios. 2) Disminución del déficit pensional.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 5. Mecanismos no contributivos de apoyo económico a la vejez.

Razones	Recomendaciones	Impactos
Colombia Mayor: es necesario ampliar la cobertura de estos programas. BEPS: los alcances actuales del programa son marginales.	1) Colombia Mayor: aumentar los apoyos cerca del 50% y eliminar la dependencia de la disponibilidad de recursos parafiscales y menos aún de un impuesto a las contribuciones al régimen pensional como sucede actualmente y más bien considerar la asignación de recursos presupuestales directos o a través de Colpensiones. 2) BEPS: revisión integral del esquema con el propósito de mejorar su eficacia.	Aumento de la cobertura del sistema y fomento al ahorro.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 6. Decisiones judiciales y régimen pensional.

Razones y recomendaciones	Impactos
Propender por la unificación de las decisiones jurisprudenciales alrededor del sistema pensional. A manera de ejemplo, tenemos: 1) Las múltiples vías de escape que mediante tutelas y decisiones judiciales se han generado en los sistemas de transición. 2) Las condiciones para traslados entre regímenes con posterioridad a los plazos establecidos en la ley (diez años antes de la edad de pensión). 3) Las condiciones para la asignación de pensiones de invalidez y de pensiones sustitutivas, flexibilizado por decisiones judiciales.	Disminuir impacto financiero de decisiones en temas que generan grandes costos al erario e incertidumbre a los actores privados del sistema (AFP, aseguradoras) y a los trabajadores y pensionados.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 7. Formalización del mercado laboral.

Razones	Recomendaciones	Impactos
<p>Alta informalidad en el mercado laboral sumada a una elevada rotación entre trabajos formales e informales.</p>	<p>Se necesitan medidas estructurales en el mercado laboral⁷, que deben surgir de un diálogo franco y constructivo del Gobierno con los trabajadores, los empresarios, el Congreso y las Cortes.</p> <p>Lo anterior implica disminuir:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Los costos no salariales directos e indirectos. 2) Los costos de despido (poner topes a las tablas de indemnización y bajar sus valores). 3) Los costos salariales (atar incremento del salario mínimo a reglas fiscales). 4) El impuesto puro,⁸ por ejemplo el pago al Fondo de Solidaridad Pensional a cargo de los trabajadores. No aplica para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Aumento en el porcentaje de afiliados al régimen contributivo. 2) Aumento de la Cobertura del Sistema General de Pensiones.

Fuente: elaboración propia.

⁷ Se considera que Colombia ha venido avanzando en materia de formalización laboral, donde cabe destacar un marco regulatorio algo más flexible, a saber: (i) Ley 1429 de 2010, que reglamentó el subsidio en parafiscales para Pymes; (ii) Ley 1607 de 2012 que desmontó 13,5 puntos porcentuales (p.p.) de costos no salariales; y (iii) Decreto 2616 de 2013, que habilitó las cotizaciones a la seguridad social por semanas. Sin embargo, los indicadores oficiales de informalidad laboral bordean el 50% y, al referirnos a la densidad de cotizaciones, se tiene que tan sólo un 15% de la población económicamente activa (PEA) contribuye todos los meses a la seguridad social (Clavijo, Vera, Cuellar, Idrobo y Ríos, 2018).

⁸ Sobrecosto en el que incurre una sociedad cuando se le obliga al sector privado a realizar contribuciones para adquirir algún bien o servicio. En Colombia el 'impuesto puro' se genera en las contribuciones destinadas a pensiones y salud por cada peso pagado a través de la nómina. Este indicador afecta la competitividad de las empresas colombianas al participar en los mercados externos (Clavijo, 2002).

Tabla 8. Régimen de transición.

Razones	Recomendaciones	Impactos
<p>Para respetar “las expectativas relativamente cercanas” de acceso al RPM, derivadas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativas a la Ley 100 de 1993 y a la Ley 797 de 2003.</p>	<p>1) Se contempla un <i>régimen de transición</i> relativamente amplio para que los afiliados decidan entre el RAIS y el RPM, el cual se sustentaría en crear varias categorías de afiliados según el tiempo que les falte para pensionarse y con efectos jurídicos distintos para cada grupo.</p> <p>2) Se propone distinguir entre los siguiente tres grupos:</p> <p>(i) A quienes les falten 10 años o menos o de <i>derecho ejercido</i> (edades superiores a los 47-52 años mujer-hombre), no podrán trasladarse de régimen, pues, bajo la Ley 797 de 2003, ya debieron ejercer dicha opción de escogencia entre el RAIS y el RPM.</p> <p>(ii) Aquellos a los que les falten entre 10 y 15 años para pensionarse (edades entre los 42-47 a 47-52 años mujer-hombre) o de <i>expectativas prontas</i>, podrán elegir entre el RAIS y el RPM hasta cuando les falten 10 años para pensionarse (lo cual implica que tendrán 5 años para tomar su decisión a partir de la aplicación de la reforma).</p> <p>(iii) A quienes les falten más de 15 años para pensionarse (edades inferiores a los 42-47 años mujer-hombre), o de <i>expectativas distantes</i>, se les daría un período de 2 años para su escogencia definitiva entre el RAIS y el RPM, aclarando que la decisión de trasladarse (o no) hacia el RPM será irreversible.</p>	<p>Colpensiones continuaría atendiendo a los pensionados actuales por un buen número de años y a todos los que opten por seguir cotizando en esa entidad o trasladarse hacia ella. En otras palabras, la expectativa de vida útil de Colpensiones atendiendo sus labores del RPM se estiman iría hasta el año calendario 2100.</p>

Fuente: elaboración propia.

5. Análisis y discusión

Con la Constitución de 1991, los constituyentes dieron gran importancia a los derechos fundamentales de todos los habitantes, pero no se dio un desarrollo especial al tema pensional, hecho que ha generado grandes vacíos normativos que han tenido que suplirse vía bloque de constitucionalidad por tratarse de derechos fundamentales.

Tal como lo aclara la Ley 797 de 2003, en su exposición de motivos, en un Estado como el colombiano, donde los recursos públicos son limitados, para la mejor y más eficiente asignación de estos se deben tener en cuenta los principios que guían su utilización, a saber: equidad y solidaridad social, responsabilidad fiscal y justicia redistributiva (Congreso de la República, Ley 797, 2003). A pesar de los ajustes realizados al sistema pensional, respaldado en los Actos Legislativos 001 de 2005 y 003 de 2011; sigue siendo necesario efectuar más modificaciones al sistema, dados los cambios demográficos, económicos, sociales y laborales que el país ha experimentado. Las nuevas propuestas, que van más allá de la viabilidad financiera de Colpensiones, buscan la sostenibilidad financiera de todo el sistema, y se soportan igualmente por los principios antes descritos, exaltando de manera especial el de responsabilidad fiscal.

En la Sentencia C-1024 de 2004, la Corte nos dio importantes premisas de análisis, para afrontar el entendimiento de futuras reformas pensionales que se sustentan en razones de tipo financiero, tales como: (i) el objetivo de la estabilidad y sostenibilidad

del sistema pensional es un fin constitucionalmente admisible y cuya validez no admite ninguna duda; (ii) existe una libre configuración normativa del legislador en materia de seguridad social; (iii) aun cuando existe una amplia libertad de configuración normativa por parte de legislador, esta tiene unos límites en los

principios, valores, fines y derechos previstos en la Constitución, principalmente, aquellos relacionados con la proporcionalidad de las cargas que deben asumir los ciudadanos (C.P. art 95) y la igualdad de trato que ellos merecen, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas así lo ameriten (Asamblea Nacional Constituyente, art. 13);

(iv) el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley no constituye un derecho absoluto y

(v) garantizar el pago futuro de las pensiones es un fin constitucionalmente válido (por lo que eliminar privilegios injustificados del sistema pasaría los filtros de revisión constitucional con plena certeza).

Para analizar desde lo técnico, las recomendaciones de la reforma pensional, partiremos de unas premisas fundamentales a la luz de las cuales, valoraremos los cambios propuestos y sus impactos, determinando su grado de acierto o de logro de los objetivos buscados con la reforma.

Premisa 1: para que un régimen pensional sea sostenible, la pensión debe guardar equilibrio con su contribución. Bajo esta premisa encontramos:

a. La financiación de las pensiones se mejora al aumentar las cotizaciones de trabajadores y aportes de empleadores, eliminar subsidios y beneficios injustificados de los regímenes especiales y propender por una mayor formalización del mercado laboral.

b. Se quedan cortas las recomendaciones, al no revisar a la baja las tasas de reemplazo (TR) las cuales por definición son el reflejo de esa relación pensión y contribución ($TR = \text{beneficios pensionales} / \text{salario de contribución}$). Conforme a ellos, se encuentran los ya citados estudios de ANIF, en los que aseveran que Colombia no debe mantener sus TR entre del 60%-80%, ya que están muy por encima de países de la OCDE, los cuales bordean el 50%. Adicional a ello, ANIF considera desacertado: (i) incrementar en 2 puntos porcentuales la contribución obligatoria (pasando del 16% al 18%), pues ello generará más informalidad y un agravamiento de la problemática conocida como *el impuesto puro*; y (ii) fortalecer los BEPS, debido a las serias fallas estructurales que tiene el programa. En vez de BEPS, lo que considera más acertado es poner en marcha el sistema de subsidios ya establecido a través del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Premisa 2: cualquiera que sea el régimen, este tiene como finalidad, reemplazar en parte los ingresos perdidos con el retiro laboral. Bajo esta premisa hallamos que son acertadas las recomendaciones del frente 2, sobre la arquitectura del sistema, en la que los fondos se complementen con Colpensiones y no compitan entre ellos. Entre las opciones de marchitamiento del RPM y Régimen de Pilares , encontramos preferible

esta última, ya que, si bien es cierto que el RPM por estar basado en un régimen de reparto, su sostenibilidad (que depende del número de cotizantes y de jubilados) está comprometida, dándole validez a la propuesta de su marchitamiento, el régimen de pilares conserva la opción de lo público como mecanismo de mayor garantía para que la población de mayor edad y menores ingresos, que es gran parte de la población (el 61,5% gana un salario mínimo o menos), tenga mayores posibilidades de alcanzar una pensión.

Premisa 3: las posiciones de las altas Cortes pueden diferir. Cabe cuestionar la propuesta del frente 5 respecto a “Propender por la unificación de las decisiones jurisprudenciales alrededor del sistema pensional”, dado que las posibilidades de interpretación de las Cortes siempre estarán latentes y puede que persistan diferencias entre las mismas, tal como sucede en el tema de condición más beneficiosa en pensión de invalidez o sobrevivientes. En ocasiones la Corte Constitucional termina fallando en contra del sistema pensional, lo cual, aunado a la congestión del sistema judicial para resolver problemas pensionales, hace que el gasto del Estado en este tema sea mayor y les deba a los demandantes de los procesos aún más dinero, por los intereses que se causan como consecuencia de los años de duración del proceso.

Premisa 4: un aspecto clave en toda reforma pensional es el tema de si se vulneran o restringen las bases que sustentan el derecho a la pensión, si se afectan derechos adquiridos, qué tratamiento se daría a quienes tienen expectativas legítimas o meras expectativas y si los ajustes son proporcionales y respetan el derecho a la igualdad de que tratan los artículos 95 y 13 de la Constitución. Sobre las propuestas del frente 7 sobre régimen de transición encontramos que, se nota una alineación entre dicha propuesta y los conceptos de derechos adquiridos, expectativas legítimas, y meras expectativas, los cuales a su vez se articulan adecuadamente con el principio de progresividad (o no regresividad).

Sobre los derechos adquiridos no es admisible discusión alguna, pues al tratarse de derechos consolidados plenamente (cumplido la edad y reunido el número de semanas que exige la ley para acceder a la pensión de vejez), la persona no puede ser despojado de su derecho, aunque cambie la legislación que regula la pensión de vejez. En cuanto a expectativas legítimas, y meras expectativas la Corte Constitucional estableció

i) se puede matizar la regla de que solo se debe aplicar el principio de no regresividad en materia de pensiones cuando se trata de derechos adquiridos y no de meras expectativas, y estableció la figura de las ‘expectativas legítimas’, concepto que se refiere a que en determinados casos se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales de los trabajadores cuando se trata de un cambio de legislación abrupto, arbitrario e inopinado, que lleven a que se vulnere el derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable [y ii)] ‘principio de progresividad-No se debe aplicar en materia de pensiones cuando se trata de meras expectativas’(Corte Constitucional, C-228, 2001),

pues prevalece la potestad legislativa y en cabeza de los sujetos no se ha perfeccionado un derecho, del cual le sea posible exigir la protección.

6. Conclusiones

(i) Luego de analizar la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de pensiones, se identificó que el derecho a la pensión es entendido actualmente como derecho fundamental autónomo, que goza de especial protección por parte del Estado, y, por tanto, este puede ser exigido por la vía de la jurisdicción ordinaria y por medio de acción de tutela. Al ser la pensión un derecho constitucional de amplia configuración legal, le corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma, el legislador tiene un gran reto al verse obligado a legislar en materia pensional acogiendo a los tratados y convenios ratificados por el Estado colombiano y a la vez cumplir con los preceptos de sostenibilidad fiscal y sostenibilidad financiera del sistema.

(ii) Las recomendaciones efectuadas por la Comisión de Gasto e Inversión Pública en busca de lograr mayor eficiencia, eficacia y equidad estatal, en distintas categorías del gasto público, incluyendo las pensiones, constituye una pieza vital para guiar las finanzas públicas de Colombia en el futuro inmediato. Dichas recomendaciones, analizadas en su integridad, cuentan con fundamentos económicos y jurídicos sólidos y apuntan en la dirección correcta para alcanzar una política pública en materia pensional más coherente y solucionar los problemas que el sistema pensional presenta incluyendo el de su sostenibilidad financiera como uno de los fundamentales.

(iii) Dentro de las recomendaciones de reformas hay unas que tienen el carácter de estructurales; las propuestas que contemplan la posibilidad de continuar con Colpensiones, como representante de lo público, son de gran valor, pues al fin de cuentas, es deber del Estado garantizar a todos los aportantes el acceso a una pensión en condiciones de justicia, igualdad, equidad y solidaridad, buscando aumentar la cobertura a los diferentes sectores poblacionales, en especial los más desprotegidos e implementar programas tendientes a mejorar la calidad de vida de las personas en condiciones de vulnerabilidad ya sea en las condiciones de vejez e invalidez. Los fondos privados de pensiones, por su misma naturaleza, tienen una prioridad de obtención de utilidades y no tiene el deber social, como si lo tiene el Estado, de viabilizar el cumplimiento de los fines Estado, que la Constitución de 1991 ha establecido en materia de pensiones y que se han reflejado un notorio progreso a nivel social, en cuanto a la pensión de vejez, sobrevivencia e invalidez se refiere.

(iv) Desde lo legal, tal como están establecidas las recomendaciones y en especial las referidas al régimen de transición, no se afecta el derecho fundamental a acceder a una pensión, aun cuando propuestas como el marchitamiento del régimen de prima media o el *régimen de pilares* (que se sustenta en el ahorro), si impactarán negativamente el alcance de los beneficios que brinda el sistema, dadas las condiciones de la economía colombiana, donde las tasas de crecimiento económico no logran puestos destacados y la capacidad de ahorro continua siendo muy baja.

(v) Desde lo constitucional y ante eventuales demandas de inexecutable sobre la reforma pensional una vez hagan parte del ordenamiento jurídico encontramos que las propuestas de reforma se sustentarían fundamentalmente en los principios de responsabilidad fiscal y sostenibilidad financiera del sistema pensional. Se plantearán argu-

mentos, tales como, que la reforma atenta contra a los principios constitucionales de favorabilidad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en materia laboral; así como también, que se confrontaría en cuanto a la prohibición constitucional de “menoscabar la libertad, la dignidad humana, y los derechos de los trabajadores” consagrada en el artículo 53 superior, con una alta probabilidad se sobrepasar los filtros de revisión constitucional, pues el poder garantizar los pagos a los pensionados actuales y futuros, y garantizar la estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional son fines constitucionalmente admisibles.

(vi) Las recomendaciones de reforma al sistema pensional y en especial el régimen de transición deben armonizarse con el principio de progresividad. La Corte Constitucional, en múltiples oportunidades, se ha pronunciado sobre el principio de progresividad sentando la posición de que este crea una limitación para el legislador, entendiendo que se puedan dictar medidas que promuevan un retroceso de los avances que se han logrado en favor de los trabajadores y para blindar el principio de progresividad que creó la doctrina de “inconstitucionalidad *prima facie*” de las medidas regresivas, según la cual toda medida regresiva se presumirá desde su inicio como inconstitucional, y le corresponderá al legislador argumentar que la medida es proporcionada y se ajusta a la Constitución. Lo anterior conlleva a una aparente situación de intereses constitucionales en controversia y probablemente a la necesidad de la Corte de aplicar el “principio de armonización concreta” el cual según aclara en su sentencia T-495 de 1995 impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro.

(vii) Es requerido que el Congreso, al aprobar la reforma pensional, logre ser absolutamente claro y preciso con las normas, logrando así mayor seguridad jurídica, evitando que no haya manera que jueces y magistrados puedan darle varias interpretaciones (cada una soportada en principios y normas, tal como ocurre actualmente) y no se generen dudas frente la aplicación de las mismas, buscando siempre que quienes ejercen la función judicial dentro del país sean efectivamente garantes del Estado y vayan en procura de la sostenibilidad del sistema, como una de las mayores garantías para cada uno de los ciudadanos.

(viii) El principio de sostenibilidad financiera del sistema no se ve menoscabado con la propuesta de reforma en pensiones, por el contrario, según las recomendaciones, justificaciones de los cambios e impactos analizados, este se ve garantizado al suprimir o modificar algunas de las prerrogativas ahora existentes; tales como, aumentar la edad de pensión, igualar las edades pensionales para hombres y mujeres, calcular las pensiones sobre el promedio de toda la vida laboral, reducir el tope para las pensiones del RPM, que hoy es de 25 salarios mínimos, reducir la pensión de sobrevivencia a un 75%, establecer un gravamen a las pensiones más altas, entre otras.

Lo anterior se traducirá para el Estado, en un menor valor presente de su pasivo pensional, permitiendo que el sistema no solo pueda comprometer los fondos públicos requeridos para el pago de las pensiones actuales, sino que cada uno de los regímenes que continúen aseguren su propia existencia, eficiencia y viabilidad financiera y consecuentemente logren cumplir con el reconocimiento de las prestaciones económicas, pensiones y demás beneficios, acorde con la contribución o ahorro de los dife-

rentes afiliados, garantizando que más colombianos puedan acceder al derecho de una pensión digna.

7. Referencias

- Clavijo, S. (2002). *Monto del 'impuesto puro' en la seguridad social colombiana*. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra219.pdf>
- Clavijo, S., Vera, A., Cuellar, E., Idrobo, J. D. y Ríos, A. (2018). Elementos para una Reforma Estructural Laboral. *Carta Financiera*, (183), 8- 19.
- Clavijo, S., Vera, A., Vera, N., Cuellar, E. y Ríos, A. (2017). *Elementos para una Reforma Pensional Estructural (REP)*. Bogotá: ANIIF (Centro de Estudios Económicos). Recuperado de <http://anif.co/publicaciones/libros/elementos-para-una-reforma-estructural-pensional-rep>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de junio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 100. Bogotá: Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. (2003). Ley 797. Bogotá: Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003.
- Colombia. Congreso de la República. (2016). Ley 1819. Bogotá: Diario Oficial No. 50. 101 de 29 de diciembre de 2016.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004a). Sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004b). Sentencia C-623 del 29 de junio de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-752 del 28 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-431 del 30 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011a). Sentencia C-228 del 30 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Perez. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011b). Sentencia T-719 del 15 de febrero de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-245 del 25 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. José Antonio Cepeda Amarís. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Presidencia de la República. (1990). Decreto-ley 1214. Bogotá: Diario Oficial No. 39.406 de 8 de junio de 1990.
- Colombia. Presidencia de la República. (2005). Acto Legislativo 01. Bogotá: Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

- Colombia. Presidencia de la República. (2011). Acto Legislativo 3. Bogotá: Diario Oficial No. 48.117 de 1 de julio de 2011.
- Comisión del Gasto e Inversión Pública. (2017a). *Informe de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública - Resumen Ejecutivo 39*. Recuperado de https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/resumenejecutivo605pm221217lm_0.pdf
- Comisión del Gasto e Inversión Pública. (2017b). *Informe de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública - Informe Final*. Bogotá: FEDESARROLLO. Recuperado de <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/archivosciadernos/presentacioninformecomisionlv.pdf>
- Dueñas, O. J. (2013). *Las Pensiones, Teoría, normas y jurisprudencia* (5ª ed.). Bogotá D.C.: Librería Ediciones del profesional Ltda.
- Duque, N. y Duque, S. P. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55. doi:<http://dx.doi.org/10.15665/rj.v12i1.886>
- Monsalve, G. A. (2018). *El Derecho Colombiana de la Seguridad Social* (4ª ed.). Bogota D.C, Colombia: Legis Editores.
- Redacción El Tiempo. (24 de junio de 2004). El ISS se quedó sin reservas. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1503374>
- Revista Dinero. (30 de julio de 2018). Este es el presupuesto que heredó Carrasquilla. *Revista Dinero*. Recuperado de <https://www.dinero.com/pais/articulo/como-es-el-presupuesto-general-de-colombia-para-2019/260475>
- Superintendencia Financiera. (2006). *Concepto 2006024796-001*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile12429&download-name=2006024796.pdf>



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Los principios generales en la Constitución Política de Colombia y la función judicial¹

The general principles in Colombia's political constitution and the judicial function

Diana Trujillo-Vallejo²

Recibido: 18/09/2019. Aprobado: 2 5/11/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Trujillo, D. (2019). Los principios generales en la Constitución Política de Colombia y la función judicial. *Revista Nuevo Derecho* 15(25): 53-69.

Resumen

En este artículo se pretende desarrollar los principios generales del derecho, en primer lugar, haciendo alusión a ellos de manera general, desde diferentes conceptos tratados por la Jurisprudencia y la doctrina; y, en segundo lugar, abordando específicamente los enunciados de la Constitución Política y del ordenamiento jurídico colombiano. Los principios generales se desarrollan en el artículo como criterios que enmarcan al operador jurídico dentro de unos parámetros formales en el ejercicio de la actividad judicial. Es necesario precisar que dentro de las funciones que tienen estos principios se encuentran la creadora, la integrativa y la interpretativa; esto es, le sirven al juez como criterios auxiliares al momento de aplicar el derecho en un caso concreto. A su vez estos establecen los límites políticos y jurídicos de la colectividad —derechos subjetivos y objetivos colectivos—, integrando el carácter político que se desprende de ellos. Por otro lado, el artículo desarrolla la parte axiológica consagrada en el preámbulo de la Constitución Política colombiana, con el fin de mostrar estos valores como los principios fundamentales que permean todo el ordenamiento jurídico y constitucional. El análisis principal de este artículo se desprende de la Sentencia C-284 de 2015, relevante en materia del desarrollo que la Corte Constitucional le ha dado a los principios.

Palabras clave: principios generales; constitución política; función judicial; axiología; ordenamiento jurídico.

¹ Este artículo es resultado de la investigación del proyecto “La detención preventiva frente a los derechos fundamentales del imputado” desarrollada en la Maestría en derecho de la Universidad de Medellín (Medellín, Colombia).

² Magister en derecho de la Universidad de Medellín (Medellín, Colombia). Especialista en derecho procesal penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Correo: dianamtba@hotmail.com

Abstract

This article seeks to develop the general principles of law, first of all by referring to them in a general way, from different concepts dealt with by jurisprudence and doctrine; and, secondly, by addressing specifically the provisions of the Constitution and the Colombian legal system. The general principles are developed in the article as criteria that frame the legal operator within formal parameters in the exercise of the judicial activity. It should be pointed out that the functions of these principles include the creator, the integrative and the interpretative; that is, they serve as auxiliary criteria for the judge when applying the law in a specific case. These, in turn, establish the political and legal limits of the collectivity, which are subjective rights and collective objectives, integrating the political character that derives from them. On the other hand, the article develops the axiological part enshrined in the preamble to the Colombian Constitution, in order to show these values as the fundamental principles that permeate the entire legal and constitutional order. The main analysis of this article is derived from Judgment C-284 of 2015, which is relevant to the development that the Constitutional Court has given to the principles.

Keywords: general principles; political constitution; judicial function; axiology; legal order.

1. Introducción

Este artículo comprende uno de los temas más áridos del derecho. Sin embargo, esa aridez es la que justifica su importancia como objeto de investigación. El tema tratado es los principios generales del derecho: capítulo en la teoría del derecho que, desde siempre, ha estado presente en los conceptos, escritos y textos de los más sabios juristas de todos los tiempos, pero que todavía no se ha podido encontrar la suficiente luz jurídica para sostener que Colombia tiene una institución y unos conceptos claramente determinados, con una profundidad y alcances fácilmente cognoscibles. Pese a estas sanas limitaciones, se busca ubicar el tema de los principios generales del derecho en el marco constitucional de 1991.

Se parte de unos conceptos generales y universales sobre los principios y, luego, se hace una investigación minuciosa con el fin de profundizar en el articulado de la Constitución Política para encontrar cuál es su presencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esa labor se recurrió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial, a la Sentencia C-284 de 2015, que es en la actualidad el hito sobre esta materia. A partir de allí se realizará una confrontación teórica entre los conceptos generales y el pensamiento de la Corte Constitucional para luego consignar las conclusiones propias.

2. El juez, el derecho y los principios generales del derecho

La labor del juez debe estar enmarcada en los parámetros de la ley, de tal forma que su decisión esté sustentada en la dogmática del derecho. Este marco general es la

teoría o meta-relato que el derecho, desde todos los siglos, ha logrado construir y que ha sido el sustento de su rigurosidad.

En ese orden teórico, los principios generales del derecho ocupan un papel esencial.

Los principios son criterios para la acción, estableciendo fines y modelando el ordenamiento de conformidad con estos, instruyendo a los operadores jurídicos desde el legislador ordinario hasta el último funcionario, de los cauces para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del derecho (Peces-Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 346)

Todas las decisiones de un juez tienen que estar amparadas por la coherencia del discurso jurídico en razón de las normas que el derecho, como sistema, le establece. Esto lleva a afirmar que los jueces tienen diversos tipos de límites. El juez es una parte muy importante de esa unidad cognitiva, que es el derecho, pero por la misma razón, el derecho le impone reglas y límites. Un pensador universal que establece la relación entre la teoría y la decisión judicial y los límites entre ambos es Ronald Dworkin. De acuerdo con Carlos Santiago Niño (1983) “la principal restricción en el ejercicio de la discreción judicial que sugiere Dworkin está dada por la distinción que propone entre principios que establecen derechos, por un lado, y políticas (‘policies’) que fijan objetivos sociales colectivos, por el otro” (p. 434). Acudiendo a los pensadores del derecho, entre ellos Dworkin, se puede sostener que existen principios jurídicos y políticos. Los principios jurídicos tienen sus raíces históricas en diversas concepciones. Según la cita de la Corte Constitucional colombiana, el profesor mexicano Eduardo García-Máynez lo explica así:

Destaca, además, que algunos tratadistas consideran que los principios ‘son los del derecho romano’, ‘los universalmente admitidos por la ciencia’ y ‘los del derecho justo o natural’ (Niño, 1983, p. 371). Concluye que es esta última la posición correcta, tal y como fuera defendida por G. del Vecchio indicando que cuando se afirma que tales principios corresponden a los del derecho natural ‘quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión correcta sometida a su conocimiento’ (Niño, 1983, p. 371), no siendo posible ‘que falle de acuerdo con sus opiniones personales’ (Niño, 1983, p. 371). Siguiendo al referido autor italiano, concluye que los principios generales no pueden oponerse en ningún caso a la ley (Corte Constitucional, C-284, 2015).³

Respecto a esto último, se defiende la tesis de que es la ley la que no puede ir contra los principios generales del derecho, pues este como sistema se construye desde las bases teóricas que se han construido en la civilización occidental. La rigurosidad cien-

³ La Corte Constitucional (2015) ha reiterado expresamente este concepto en dicha Sentencia “5.2.8.2.1. Los principios generales del derecho se encuentran subordinados a la ‘ley’ y solo constituyen un criterio auxiliar de la actividad judicial. Ello implica que bajo ninguna circunstancia es posible, a la luz del artículo 230 de la carta, invocar un principio general del derecho con el objeto de derrotar o desplazar una norma jurídica vigente y que se encuentre comprendida por el concepto de ‘ley’”.

tífica del derecho se consolida al tener una teoría universal que explique su objeto y su método de estudio por sí misma, sin necesidad de artificios o malabarismos argumentativos. La ciencia del derecho proscribiera la alquimia jurídica. Al respecto Nino ha señalado que:

Estos se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil de determinar (Nino, 1983, p. 333).

3. El derecho y la política

Además de los límites jurídicos, están los límites políticos. Los primeros se expresan a través de los principios jurídicos que a la vez dan origen a los derechos subjetivos; mientras que los segundos están determinados por los objetivos colectivos definidos por los miembros de la colectividad a partir de los consensos soberanos. La soberanía —entiéndase el poder político— y el derecho tienen una relación de necesidad y complementariedad. La primera le aporta al segundo coercibilidad y de manera inversa, el derecho racionaliza la soberanía y la vuelve coacción por medio de la norma. De acuerdo con algunos investigadores, esa racionalización la realiza el derecho desde el aporte de los principios: “Los principios de organización señalan los criterios para racionalizar al poder juridificándolo o para que el propio ordenamiento jurídico se adecue a los valores de seguridad, de libertad y de igualdad” (Peces-Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 346). Por lo tanto, los principios son al derecho, lo que los valores son a la política. Se aclara que el derecho contiene sus propios valores, pero para el presente artículo se identifican solamente los valores políticos. De lo anterior se puede concluir con sentido, que el derecho es el sustrato cultural que le sirve al poder político —soberanía— para darle forma político-jurídica a la unidad social:

El derecho, como instrumento de ordenación social, pretende regular ciertos aspectos de las relaciones humanas, estabilizándolos. Cualquier comunidad política que pretenda organizarse como tal a partir del derecho requiere para tal fin, que sus miembros tengan cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad (Corte Constitucional, C-284, 2015).

Según algunos teóricos, el planteamiento precedente se sintetiza en la búsqueda de una “organización social, la de instaurar o contribuir a asentar —junto con otras instancias y mecanismos estabilizadores— un determinado orden en una determinada sociedad” (Díaz, 1998, p. 128). Una forma o manera de sustentar la coherencia mencionada anteriormente es la que debe respetar el juez en sus decisiones: “Dworkin sostiene que los jueces deben atenerse, y que, en realidad de hecho así lo hacen, a juzgar de acuerdo con principios, dejando las consideraciones referidas a políticas a los otros poderes

del Estado” (Niño, 1983, p. 434.). Esto quiere decir que los principios irradian no solo la función judicial, sino que acompañan a todos los demás órganos del Estado:

Los principios de producción normativa establecen criterios generales para la acción de las fuentes del derecho, activados por las instituciones y los operadores jurídicos competentes, como el parlamento, el gobierno, las instituciones correlativas de las comunidades autónomas o los jueces, incluido el Tribunal Constitucional (Peces-Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 347)

Se sostiene que, de todas maneras, el juez de modo directo o indirecto aplica un principio jurídico al conceder un derecho subjetivo, pero en el entendido que los principios jurídicos tienen una carga política: la establecida en la milenaria producción colectiva de los pueblos que se materializa en la Constitución:

Los principios expresan derechos muy importantes, algunos inviolables; revisten una dimensión moral que pone límites a los cálculos meramente utilitaristas; evocan ideales que aportan una dosis de utopismo al derecho y, por si fuera poco, los principios presentan una flexibilidad particularmente necesaria en contextos de pluralismo. (García-Figueroa, 2009, p. 103)

Y reconocidos específicamente en el pacto soberano: “Se trata de exigencias efectivamente defendidas e impulsadas por grupos y fuerzas concretas que logran ser acogidas por el poder político para, desde él, pasar después a formar parte del ordenamiento jurídico” (Díaz, 1998, p. 91). Se afirma, entonces, que los principios generales tienen una naturaleza política, ya que surgen como construcciones culturales para comprender y regular la conducta humana en interferencia subjetiva y al mismo tiempo facilitar la construcción de lo colectivo. Para otros investigadores “la presencia de principios en el derecho implica la conexión de derecho y moral. Dicho de otro modo, la presencia de principios en el derecho demuestra la inviabilidad del positivismo jurídico” (García-Figueroa, 2009, p. 105).⁴ Incluso hay algunos que sostienen que los principios emanan de las reglas jurídicas mismas.

Así, Eduardo García Máynez ha explicado que algunos autores indican “que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalización creciente, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas (García-Máynez, 2008, p. 370 citado en Corte Constitucional, C-284, 2015).

La posición del presente artículo es clara en cuanto a que los principios son construcciones exógenas y no endógenas con respecto al ordenamiento jurídico. Cuando el juez otorga el derecho subjetivo está aplicando el principio jurídico establecido por la

⁴ En el mismo sentido Rodolfo Vázquez (2006) dice que “En cuanto al contenido. El de los principios es intrínsecamente moral”.

unidad política (Estado) por medio de sus órganos representativos. Es un desarrollo del principio político de la unidad del Estado y del principio de la coordinación que debe existir entre ellos:

Las normas de un ordenamiento jurídico, en un sentido amplio, se integrarían por reglas, principios y directrices. Según esta división de las normas, es propio del poder legislativo recurrir a directrices que justifican decisiones políticas por las que protege o favorece un objetivo o meta colectiva de la comunidad, mientras que el poder judicial justifica sus decisiones políticas con argumentos de principios que aseguran algún derecho individual (Vásquez, 2006, p. 49).

Estas directrices de naturaleza política, pero con carga jurídica, perfeccionan el orden político social pretendido.

4. El juez y los principios generales del derecho

Puede ocurrir que ese derecho subjetivo no tenga sustento jurídico en un principio reconocido por los ciudadanos. En este caso el juez debe conceder el derecho subjetivo, invocando el principio jurídico existente desde siempre en la comunidad y por la teoría del derecho, aunque también se encuentren nuevos principios que aún no hayan sido positivados,

En cambio, no pueden (los jueces) renunciar, sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que considera válidos. Esta es la única forma de cumplir con su papel de intermediarios entre la coacción y la justicia. (Nino, 1983, p. 436).

Ejemplo de lo anterior es cuando el juez debe fallar en equidad entendiendo esta por la justicia aplicada a un caso en concreto:

[...] Pero cuando en un determinado caso no hay ley aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas (García-Máynez. 2008, p. 378).⁵

En la misma línea aparece Dworkin (según Vigo, 1988 citado en Vásquez, 2006, p. 49), para quien el derecho no solo es definido por las reglas jurídicas, como lo pregona el positivismo jurídico. En este debate, él plantea que el derecho es mucho más que reglas; también hacen parte de él las directrices y los principios jurídicos. Las primeras las define como “una clase de normas que establecen una meta que ha de alcanzarse,

⁵ “Por motivos tanto históricos como filosóficos, consideramos que bajo el nombre de principios generales se ocultan en realidad los principios generales de la equidad” (García-Máynez. 2008, p. 378).

generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad” (Vigo, 1988 citado en Vásquez, 2006, p. 49). Y los segundos los define como “una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral” (Vigo, citado en Vásquez, 2006, p. 49). Dworkin defiende la estrecha relación entre el derecho y la moral. En nuestro medio, la jurisprudencia constitucional piensa en igual sentido jurídico (Vigo, 1988 citado en Vásquez, 2006, p. 49):

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada —la ‘ley’ captada en su acepción puramente formal— sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra ‘ley’ que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C. P. necesariamente designe ‘ordenamiento jurídico’. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones *marco jurídico* (Preámbulo) y *orden jurídico* (art. 16). (Corte Constitucional, C-284, 2015).

A lo que el positivismo jurídico —representado por H. L. Hart en la obra *Law, liberty and morality* citado en Vásquez (2006)— contesta que ellos no dejan por fuera los principios, sino que los ubican en las mismas reglas:

Las reglas no siempre hacen referencia a ciertas regulaciones específicas de la conducta; también pueden estar constituidas por estándares generales que limitan las atribuciones de cuerpos administrativos encargados de aplicarlos, al igual que por estándares que no requieren conductas específicas por parte de sus destinatarios. El ordenamiento jurídico se conforma por un conjunto de reglas primarias y secundarias (Vásquez, 2006, p. 51).

Para otros autores esta tesis del positivismo jurídico puede explicarse de la siguiente manera:

Sentado lo anterior, conviene precisar dos puntos: 1º, que entre los *principios* y las *normas stricto sensu* no hay diferencia de naturaleza sino sólo de estructura y de función: ambos tipos de preceptos forman parte del ordenamiento jurídico y son por ello, en igual medida, derecho objetivo, aunque difieren en su estructura, en las funciones que desempeñan y en el lugar o rango que ocupan dentro del mismo; y 2º, que, si bien los principios jurídicos son, por lo común, una forma de *ius involuntarium*, en expresión de Santi Romano, o de derecho no escrito, cuya fuente de producción se encuentra en la experiencia viva de las relaciones sociales, no hay obstáculo dogmático alguno para que puedan ser plasmados en el *corpus* de las normas escritas, sin que por ello cambien su calidad de tales principios o pierdan al-

guna de sus funciones dentro del ordenamiento: es este un fenómeno, por lo demás, cada día más frecuente (Leguina-Villa, 1987, p. 10).

Desde el campo estrictamente jurídico se puede concluir que el juez tiene “poder-deber” jurídico para aplicar los principios jurídicos desde diferentes dimensiones, bien porque el legislador los positiviza, en lo que Hart denomina reglas generales o primarias —positivismo jurídico— o porque, como dice Dworkin, los principios pertenecen, desde siempre, al mundo del derecho y por tanto el juez tiene el imperativo moral de aplicarlos (Ross, 1997 citado en Corte Constitucional, C-284, 2015) o bien porque son un desarrollo jurídico de los valores jurídico-políticos de la comunidad (tesis del presente artículo).

5. La axiología en la constitución política de Colombia

La última expresión de desarrollo del derecho y la política es la de encumbrar a la Constitución Política como norma jurídica o decisión política. Algunos autores, como Maurizio Fioravanti (2001), sostienen que la carta magna ha estado presente desde los albores de la cultura occidental. En nuestro caso resulta suficiente definirla orgánicamente como:

Cualquier tipo de unión que pretenda perdurar, precisa de un ordenamiento formado y ejecutado conforme a su voluntad, que haya delimitado su ámbito y regulado en él y para él la condición de sus miembros. Un ordenamiento de estas características se denomina Constitución [...] ordinariamente los pueblos civilizados disponen de un ordenamiento jurídicamente reconocido y compuesto de normas jurídicas. Según lo anterior, la Constitución contiene, por regla general, las normas jurídicas que caracterizan los órganos supremos del Estado, establecen la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición fundamental del individuo respecto al poder estatal (Jellinek según Hesse citado en Quinche, 2013).

Axiológicamente la Constitución ha sido definida como se apunta a continuación:

Constitución es el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas dotadas de algún grado de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que, en democracia, tiene: a) como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, b) como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes y c) como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas (Ferrajoli, 2007, p. 841).

La Constitución Política colombiana de 1991 nació luego de un proceso político-jurídico, que permitió el surgimiento de los mecanismos jurídicos que permitieron convocar al pueblo de Colombia a elegir una Asamblea Nacional Constituyente, con fundamento en el Decreto 1926 y en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de octubre de 1990. Las elecciones, en las que el pueblo la aprobó, se realizaron el 9 de diciembre del mismo año (Henao, 1998, p. 409; Cepeda, 2007, p. 346). Esta Constitución tiene un alto contenido filosófico y axiológico, que le da un distintivo muy original.

La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que, además de ser democrático, participativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, arts. 1, 2, 3, 5, 7 y 8).

Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos, sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los gobernados y las autoridades. Esas primeras normas condensan, entonces, la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la carta magna y, por tanto, representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional, condicionando la acción de las autoridades, en general, y del legislador, en particular. Por ello, el intérprete de la Constitución encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional. Desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de esos primeros artículos, en los siguientes términos: En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (Corte Constitucional, T-406, 1992; Corte Constitucional, Sentencia C-251, 2002).

Los valores constitucionales reseñados en el preámbulo son la esencia de la voluntad soberana y la decisión del sujeto político colombiano en un nuevo modo de reorganización del Estado. En este sentido, los valores aparecen como expresión de la decisión política creadora del constituyente derivado de 1991 como producto de un acuerdo de igual naturaleza. Según Schmitt (1996), “El poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea Nacional Constituyente” (p. 108). Si algo caracterizó este nuevo contrato político de 1991 fue que allí tuvieron espacio todas las vertientes políticas, incluyendo los grupos guerrilleros que se habían reinsertado a la vida civil. Las fuerzas subversivas, que continuaba en la

ilegalidad, no fueron incluidas por obvias razones: no tenían voluntad política de comparecer. Aun así, desde la aceptación de la Ley nació un nuevo contrato político. En palabras de Lleras de la Fuente y Tangarife (1996),

Gran parte de las Constituciones por las que se rigen hoy los países organizados presentan un preámbulo en el frontispicio de su articulado. Es la síntesis del ideario que habrá de sustentar las máximas disposiciones sobre las cuales han de reglamentarse las relaciones entre los hombres dispuestos a conformar y sellar una sociedad civilizada basada en el mandamiento social por excelencia: ‘no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti... El Preámbulo y los principios de la Constitución tienen que ser el hilo conductor, el leitmotiv necesario, para que toda nuestra carta Magna se impregne, con férrea determinación, de los principios de dignidad humana que Colombia reclama como único motor efectivo del desarrollo cultural, económico y social’ (p. 77).

Los nuevos valores constitucionales se convirtieron en el primer deber que es de obligatorio cumplimiento por el Estado. Ellos tienen que estar tanto en todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico, como en todas las decisiones que realicen los órganos del Estado. La Corte Constitucional, desde el inicio de la nueva Carta Magna, ha sido rigurosa en este aspecto. Así en la Sentencia C-479 de 1992 se precisa que el preámbulo de la misma tiene un sentido vinculante y, por ende, obligatorio para todos los ciudadanos⁶ y en la Sentencia T-406 de 1992 se lee que,

No obstante, el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional. (Corte Constitucional, T-406, 1992).

Los valores, que están en el preámbulo, son la vida, la convivencia, el trabajo, la libertad, la igualdad, la justicia, el conocimiento y la paz. Algunos autores agregan otros valores: el orden, la unidad y la democracia. Uno de estos es Correa (2011), que menciona:

Los grandes valores fundantes del pacto social entre los colombianos son los doce siguientes: la unidad, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, la democracia, la participación y la integración latinoamericana. Estos valores son reiterados y en ocasiones desarrollados en los artículos 1, 2, 3, 9, 11, 13, 22, 25, 28, 71 y 103 de la Constitución (p. 438).

⁶ Aunque en la sentencia C 477 de 2005 el magistrado Humberto Sierra Porto, en salvamento de voto, se apartó de esta tesis.

Además de estos, el preámbulo de la Constitución también contiene otros conceptos de igual importancia como la invocación de Dios como protector del soberano y del Estado (Angulo, 2002, p. 444).⁷ ¿Puede pensarse sensatamente que, al consagrar a Dios como protector del Estado, se está aceptando desde el derecho que tenemos una inclinación por el derecho natural teológico? Parece que es un tema interesante de profundizar, en especial por la clara existencia de una sociedad colombiana muy creyente y una historia institucional regida por la religiosidad.

6. Los principios generales del derecho y los principios del derecho natural

En nuestra Constitución Política, el primer papel del juez de derecho es el de juez constitucional. Le corresponde la guarda de la Constitución Política que debe realizar en primera instancia y, de mayor cobertura normativa, a la Corte Constitucional. Es una consecuencia del artículo 4 de la Constitución política: “La Constitución es norma de normas [...] y por ello] vértice de todo el ordenamiento jurídico, fuente principal de reconocimiento de validez y límite sustantivo de las restantes normas del ordenamiento” (Corte Constitucional, C-284, 2015); y del artículo 241 de la Constitución Política, “a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, s. p.).

La Corte Constitucional (2015) ha reconocido que los principios generales del derecho, en el entendido que los principios del derecho natural hacen parte de aquellos⁸ y son una herramienta de interpretación que se puede utilizar en determinado momento para cumplir con su deber de guardián. Esto está establecido en el artículo 4 de la Ley 153 (Congreso de la República, 1887) “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. De esta manera la ley expone lo siguiente: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Congreso de la República, Ley 153, 1887). Y la Corte Constitucional añade que,

En consecuencia, con independencia del significado que pueda conferirse a la expresión “*principios del derecho natural*”, es claro que a tales principios se acude no para superponerlos a la Constitución sino en otra dirección: únicamente para precisar su alcance en eventos en los que la interpretación de su texto no ofrece claridad acerca de la respuesta constitucional que debe darse a un problema. Debe la Corte destacar que pese a las dificultades que la interpretación de la carta puede suponer, la remisión a los principios del dere-

⁷ “Las contundentes argumentaciones contenidas en los anteriores apartes nos llevan a afirmar que dialéctica y científicamente el Dios cuya protección invoca el preámbulo no solo es el de todas las religiones, creencias y cultos occidentales y orientales conocidas, incluyendo las de los indígenas de todos los continentes, sino el no Dios de los no creyentes en ninguna de ellas, como el de los ateos si esta antítesis fuese válida advirtiendo, además, que estas últimas niegan la existencia de un dios personificado sobrenaturalmente, mas no de una causa remota del origen del universo, como es el caso del ‘Big Bang’ alegóricamente así llamado por los físicos de ahora” (Corte Constitucional C-817, 2011).

⁸ La Corte considera que los principios generales del derecho constituyen un género del cual los principios de derecho natural son una de sus especies.

cho natural no implica que el *significado* de la Constitución pueda establecerse al margen del *significado* de sus textos en cada caso examinados a partir de los diferentes métodos de interpretación –literal, teleológico, sistemático o histórico– (Corte Constitucional, C-284, 2015).⁹

Tampoco puede dejarse de lado que, en el contenido de la Constitución Política, existen diferentes referencias al derecho natural:

La Corte considera que el texto de la Constitución no fue ajeno al empleo de categorías que, tradicionalmente, se encuentran vinculadas a las doctrinas del derecho natural. En esa medida, es posible identificar esa orientación (i) en el artículo 5° de la carta al aludir a la primacía de los derechos inalienables de la persona; (ii) en el artículo 94 al indicar que la enunciación de los derechos en la Constitución y en otros instrumentos no puede interpretarse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella e incluso; (iii) en el literal c) de la Convención Americana de derechos Humanos al prescribir que su interpretación no puede excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. Estas disposiciones con valor constitucional exigen fijar el alcance de locuciones tan complejas como inherencia e inalienabilidad, alrededor de las cuales gira una parte importante de los esfuerzos por fundamentar filosóficamente la existencia y reconocimiento de los derechos (Corte Constitucional, C-284, 2015).

En este preciso aspecto, los principios solo son posibilidades jurídicas subsidiarias para interpretar la constitución (función interpretativa):

3.2.4. En síntesis, y a fin de precisar el objeto de control en esta oportunidad, la Corte concluye que “*los principios del derecho natural*” (i) constituyen un criterio aplicable cuando se presentan dudas acerca del significado de la Constitución; (ii) su empleo no resulta obligatorio; y (iii) son un criterio secundario y subordinado en el sistema de fuentes, en tanto su función es meramente interpretativa y no integradora (Corte Constitucional, Sentencia C 284, 2015).

7. La función judicial y los principios generales del derecho

En Colombia, el poder público nace de la voluntad del soberano (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Preámbulo y art. 3) y se presenta bajo el principio político revolucionario del Estado de derecho, cuál es el de la división del poder público (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 113). La función judicial en Colombia pertenece a ese poder público y se desarrolla, entre otros, en los artículos 113, 228 y 257 (título VIII). Dicha función se define de la siguiente manera,

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas

⁹ Cursivas de la autora.

prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 228).

Y tiene una estructura funcional a partir de un “sistema de seguridad jurídico” realizado desde la actividad judicial. Es un subsistema de naturaleza judicial en cabeza de los mismos jueces y que, a la vez, constituye una limitación al funcionamiento de la labor del juez,

En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación han fijado varios instrumentos con ese propósito. En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ‘ley’ lo que constituye no sólo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ‘ley’. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley —tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887— establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102) (Corte Constitucional, C-284, 2015).

Seguidamente, están las fuentes de derecho que establecen que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley [...] La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 230). Debe tenerse en cuenta que, además la Constitución Política y la ley en sentido estricto del artículo 230 es enunciativa y establece dos conceptos precisos, el de fuente de derecho y el de criterios de interpretación, para el ejercicio de la función judicial. En la Constitución, ese carácter enunciativo se da porque en desarrollo del principio político de Estado de la legalidad se rige por el principio jurídico de la legalidad y, en este sentido, la Constitución Política y la ley como fuentes “principales”, pero también la costumbre debe considerarse como una verdadera fuente de derecho, que tiene su razón de existir en otras disposiciones de rango constitucional,

Ahora bien, que la costumbre no esté comprendida por la expresión ‘ley’ empleada en el artículo 230 de la carta, no significa que su reconocimiento como norma se oponga a lo allí prescrito. En efecto, existen dos razones constitucionales que justifican aceptarla como una

de las formas de regulación que integran el derecho positivo colombiano. En primer lugar (i) la referencia constitucional que hace el preámbulo a la existencia de un ‘marco jurídico’ implica que, aunque la ‘ley’ ocupa un lugar preferente en el ordenamiento, este no se agota en ella, de manera que entre ‘marco jurídico’ y ‘ley’ existe una relación de género a especie. En segundo lugar (ii) el valor constitucional de la costumbre —destacado ampliamente en la Sentencia C-486 de 1993— en atención (a) a la referencia que a ella se hace al aludir al ordenamiento de las comunidades indígenas (art. 330) y (b) a las exigencias adscritas a la soberanía popular, a la democracia participativa, al pluralismo y al Estado Social de derecho (arts. 1, 3, 7 y 40) pone de presente que ella puede ser reconocida como norma cuando la Constitución o la ley la invoquen, siempre y cuando no se oponga a lo que las normas imperativas de una y otra prescriban (Corte Constitucional, C-284, 2015).

En este sentido son cuatro las fuentes formales del sistema jurídico colombiano: la Constitución Política, la ley y la costumbre. Esto quiere decir que el juez tiene unas reglas constitucionales precisas o regladas en la Constitución Política que le demarcan o limitan su función. En Colombia el juez también tiene límites para el ejercicio de la función. En primer lugar los establecidos por el Estado de derecho constitucional, además de la competencia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, art. 121).¹⁰ En segundo lugar, los determinados por las fuentes de derecho y los criterios auxiliares que “son recursos para la interpretación que, dada su calificación constitucional, nacen despojados de toda posibilidad para ‘servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales’” (Corte Constitucional, C-486, 1993). Se trata, pues, de recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas. Esto quiere decir, como lo plantea Hart (citado en Vásquez, 2006, p. 46) en la obra *Law, liberty and morality*, que los principios se puedan positivizar; cuando esto se presenta por decisión del creador de derecho, el principio normatizado pasa de ser un criterio auxiliar a ser parte de la Constitución o de la ley —no de la costumbre—,

Puede ocurrir que un enunciado que originalmente era considerado como principio general del derecho, sea posteriormente incorporado mediante una disposición específica al ordenamiento jurídico. En esos casos, el enunciado correspondiente tendrá una nueva posición en el sistema de fuentes adquiriendo, si encuadra en el concepto de ‘ley’, la posición preferente que ésta ocupa según el artículo 230 de la carta (Corte Constitucional, C-284, 2015).

La lista de esos criterios establecidos en el artículo 230 de la Constitución política son, según lo precisó la Corte, meramente enunciativos, de forma tal que no se encuentran excluidos “**otros criterios** que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma” (Corte Constitucional, C-284, 2015).¹¹ Sobre la equidad, debe recordarse que, según García-Máynez (2008), la equidad era un principio general del derecho y que, como tal, se podía concluir que los principios generales se aplicaban en un determinado caso cuando se decidían por medio de ese criterio o principio denominado la equidad. Al tenerse como criterio auxiliar, el juez no puede aplicar la equidad como fuente de derecho, pero si la

¹⁰ “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

¹¹ Negrilla en el original.

debe tener en cuenta para hacer realidad el fin último del derecho, que es la realización de la justicia jurídica como valor. Para la realización de la justicia jurídica, el juez debe recurrir a la teoría del derecho y ello puede incluir salirse o ir a otras construcciones del derecho:

5.2.7.2. La equidad ha sido objeto de análisis por las decisiones de este Tribunal destacando (i) que se trata de un concepto jurídico específico objeto de constitucionalización; (ii) que su reconocimiento se constata en diferentes disposiciones de la carta que aluden a ella (art. 20, 95 226, 230, 267 y 363); y (iii) que la equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar “en los espacios dejados por el legislador” al paso que “su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto”. Sobre ello precisó: La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que este se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir cómo hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia (Corte Constitucional, C-284, 2015).

8. Conclusiones

El juez cumple un papel político en el Estado pues al aplicar la ley está aplicando la voluntad del soberano, es un defensor-aplicador de los valores políticos establecidos en el preámbulo de la Constitución Política. El juez, en el ejercicio de su función y dentro de un Estado de derecho, tiene límites políticos, morales y jurídicos y, además, es un aplicador del valor de la justicia por medio de los principios generales —también normas jurídicas—, aun por encima de la regla o la norma. Los principios generales de derecho pueden estar por fuera de la regla jurídica o ser parte de ella. En la teoría del derecho, en el iusnaturalismo y en el iuspositivismo es predicable la existencia de los principios generales del derecho.

El legislador colombiano admite la existencia de principios que preexisten al ordenamiento jurídico y que conforman un cuerpo normativo denominado “derecho natural”. La Corte Constitucional considera que los principios generales del derecho conforman un género, del cual los principios de derecho natural y la equidad son unos de sus especies. En Colombia y en su Constitución Política, la remisión a tales principios confiere al intérprete del derecho —debido a la indefinición *prima facie* de los elementos que lo integran— un margen significativo, más no exclusivo, de interpretación para establecer su alcance. Los “principios generales del derecho” pueden considerarse un concepto jurídico indeterminado, debido a su complejidad y a las diversas escuelas y concepciones jurídicas que existen sobre ellos en la teoría del derecho, pero de que existen, existen.

9. Referencias

- Angulo, J. (2002). *El preámbulo de la Constitución nacional*. Bogotá: Leyer.
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional
- Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 153. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 188. Bogotá: Diario Oficial No. 7151 y 7152 de 28 de agosto de 1998. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>
- Colombia. Corte Constitucional. (1992) Sentencia C-479. Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-486. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992) Sentencia T-406. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-251. Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-477. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-817. Magistrados Ponentes: Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-284. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá: Corte Constitucional.
- Correa, N. R. (2011). *La Constitución para todos*. Bogotá: Ibáñez.
- Díaz, E. (1998). *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principio iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Vol. 1. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución*. Madrid: Trotta.
- García-Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García-Máynez., E. (2008). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- Henao, J. (1998). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Leguina-Villa, J. (1987). Principios generales del derecho y Constitución. *Revista de Administración Pública*, (114), 7-37.
- Lleras, C. y Tangarife, M. (1996). *Constitución política de Colombia*. Tomo I. Bogotá: Dike.
- Nino, C. S. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, A. (2000). *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Quinche, M. (2013). *El control de la constitucionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Schmitt, C. (1996). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza.

Vázquez, R. (2006). *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Trotta.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

La discriminación interseccional en el discurso Jurídico

Intersectional discrimination in legal discourse

Valeria Rodríguez Gutiérrez¹

Recibido: 30/09/2019. Aceptado: 02/12/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Rodríguez, V. (2019). La discriminación interseccional en el discurso Jurídico. *Revista Nuevo Derecho* 15(25):70-87.

Resumen

Este trabajo explora, de forma teórica, la denominada discriminación interseccional y la importancia de su estudio para el análisis de casos que versan sobre la discriminación por razón de género, sexo, raza, clase y todas las situaciones particulares que pueden formarse de la intersección de distintas categorías sospechosas de discriminación. El objetivo es la investigación sobre la implementación de este concepto y la falta de esta en los pronunciamientos de tribunales constitucionales e internacionales, así como acercar al lector y ayudar a reflexionar sobre la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentran aquellas personas que han sido colocadas en la alteridad. Para lograr este objetivo, primero, ya que comúnmente son utilizados de forma indistinta, se abordan los conceptos de discriminación múltiple e interseccionalidad, sus orígenes y principales diferencias, pasando a un breve análisis sobre la importancia del estudio y la aplicación de la discriminación interseccional para los tribunales, tanto domésticos como internacionales. Finalmente, se seleccionaron una serie de casos emitidos por tribunales domésticos y por tribunales internacionales defensores de derechos humanos, seleccionando aquellos que fueron más mediatizados. Los datos analizados dejaron en evidencia que, a pesar de ser un concepto estudiado y trabajado por diversas teóricas a lo largo de muchos años, sigue sin ser aplicado por los juzgadores.

Palabras clave: discriminación múltiple, discriminación interseccional, concurrencia, interseccionalidad.

Abstract

This paper explores, in a theoretic way, intersectional discrimination and the importance of its study in the analysis of cases about discrimination based on gender, race, class and all the particular situations that could surface from the intersection of various suspect categories. The objective, is to research about the implementation of this concept and

¹ Licenciada en derecho por la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Investigadora del área de género en el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD). Correo: valeriarg@ceed.org.mx.

the lack of it on the work of national and international courts. Also to get the reader closer and help them to reflect about the situation of vulnerability of some of some group of people. In order to achieve this objective, it's necessary to study the concepts of multiple and intersectional discrimination, their origins and main difference, do a brief analysis about the importance of it study and the application of the intersectional discrimination concept on the work of national and international work. Some important cases where the courts used the concept of intersectional discrimination were included. The information analyzed shows that even though intersectional discrimination is a concept that has been largely studied before, it haven't been applied by the courts.

Keywords: multiple discrimination, intersectional discrimination, concurrency, intersectionality

1. Introducción

El presente artículo tiene como principal propósito aproximar al lector al concepto de discriminación interseccional, así como presentar una clara diferencia entre la interseccionalidad de la discriminación y el concepto de discriminación múltiple, para finalmente realizar un análisis crítico de algunos pronunciamientos realizados por diversos tribunales respecto al tema en cuestión; lo anterior, con la meta de que el lector comprenda la importancia de la implementación de un estudio interseccional de la discriminación en todos aquellos casos en que grupos en situación de vulnerabilidad se encuentran frente a una distinción de trato.

A raíz de los movimientos feministas de las mujeres afrodescendientes en los años ochenta y noventa surge este concepto que cambia completamente la perspectiva de cómo deben ser analizados los casos en los cuales convergen motivos sospechosos de discriminación como el género, el sexo, la situación de pobreza, el contexto social, entre otros. La discriminación interseccional llega para ayudar a los diversos tribunales tanto constitucionales como internacionales a emitir pronunciamientos verdaderamente garantistas para los casos concretos de las víctimas.

Por muchos años, se omitió establecer una diferenciación clara entre la denominada discriminación múltiple y la interseccionalidad de la discriminación, ignorando completamente que tanto los motivos que originan el surgimiento de una y otra, así como las situaciones en las que son aplicados ambos conceptos y las consecuencias que puede ocasionar su implementación, son distintos.

Los pronunciamientos de los diversos tribunales respecto a este concepto son realmente pocos; en muchas ocasiones, este tipo de análisis habría ayudado en la verdadera justiciabilidad de los casos. Para 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) únicamente se había pronunciado al respecto en un voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso González Lluy (CIDH, 2015), pronunciamiento en el cual se abunda sobre la manera en que convergen diversas situaciones que pueden colocar a una persona en un tipo de discriminación única y distinta a todas las demás.

2. Discriminación múltiple

El reconocimiento de que una persona puede pertenecer a varios grupos en situación de vulnerabilidad se dio por primera vez a finales de los años ochenta y fue denominada *discriminación múltiple* (Rey, 2008).

En este sentido, la discriminación múltiple, según lo establecido por la Organización de los Estados Americanos (2013), se refiere a cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia,² que tenga por objetivo o efecto el anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Los términos de discriminación múltiple y discriminación interseccional son comúnmente utilizados para referirse al mismo tipo de discriminación; sin embargo, existe una clara diferencia en cuanto a la temporalidad y a los efectos que cada uno produce, tema que será analizado a detalle más adelante.

3. Discriminación interseccional

3.1 Origen del concepto de discriminación interseccional

En los años setenta, debido a la situación particular de violencia a la que se enfrentaban las mujeres racializadas en Estados Unidos (violencia a la que no se enfrentaban las mujeres blancas), el tema comenzó a ser discutido por los círculos de mujeres feministas afrodescendientes.

La discusión sobre la discriminación interseccional en el discurso jurídico se debe a la experta legal Kimberlé Crenshaw (1991), quien fue la primera en estudiar los efectos de la discriminación múltiple sobre las mujeres, de donde concluyó la necesidad de estudiar este fenómeno como un todo y no de forma aislada. La académica afroamericana llegó a este concepto inspirada por el conocimiento y los saberes emancipatorios heredados de sus ancestros, pioneras feministas y pensadoras negras que lucharon contra la cosificación de sus cuerpos, contra el racismo, el sexismo y la discriminación de género y de clase social desde los tiempos de la esclavitud.

Esta autora definió la interseccionalidad como un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y también simultáneas; así también estableció que es una conceptualización del problema que busca captar las consecuencias estructurales y

² Las categorías mencionadas por este artículo son: nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

dinámicas de la interacción entre dos o más ejes de la subordinación (Crenshaw, 1991). Específicamente, ella trata la forma por la cual el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas discriminatorios crean desigualdades básicas que estructuran las posiciones relativas de las mujeres, como la raza, etnias, clases y otras (Muñoz, 2011).

Por su parte, Angela Davis (1981), al igual que Crenshaw (1991), planteó la naturaleza transversal de la clase, el sexo y la raza y desafió el dominio de las mujeres blancas de la clase media. Es así que el debate sobre interseccionalidad se fue enriqueciendo con conceptos de identidades y diversidades múltiples y cambiantes: identidades sexuales, raciales, de género, de clase, de etnias u origen nacional, es decir, las alteridades.

Mediante este concepto, se mostró que no es posible entender ni la clase, ni la raza, ni la desigualdad social sin considerar constantemente el género y viceversa, la diferencia racial se constituye a través del género, el racismo divide la identidad y la expresión de género y el género y la raza configuran la clase (Viveros, 2008).

3.2 Concepto de discriminación interseccional

El fenómeno discriminatorio es múltiple y complejo, en él convergen diversos contextos, redes relacionales, factores intercurrentes y motivaciones que emergen cuando, en el trato social, individuos y grupos que se han visto toda su vida en situación de discriminación no se dejan reducir a uno u otro criterio aislado.

La discriminación fue definida por la Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1965, como

Toda distinción, restricción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social o cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Este concepto ignoraba completamente el género como motivo de discriminación (Lugo, 2003), es por eso que, en el año 2000, el concepto fue modificado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General número 25, al establecer que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida, ni mucho menos de la misma manera (ONU, 1965).

En este tenor, es importante entender que los motivos sospechosos de discriminación, como la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, se pueden ver agravados por la distribución poco equitativa de la riqueza, la marginación y la exclusión social (ONU, 2001), de igual forma estos motivos de discriminación se manifiestan en forma distinta para las mujeres y las niñas, y puede ser un factor relevante

que lleva al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y a la limitación o denegación de sus derechos humanos.

Asimismo, existen circunstancias en que la discriminación afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999). Las mujeres pueden verse limitadas por la falta de atención, así como la falta de mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo.

La discriminación interseccional debe entenderse como una combinación de elementos que ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra que esté basada en un solo factor. Se trata de factores conexos que agravan la situación de vulnerabilidad. En este sentido, la vulnerabilidad es una condición acumulativa mediante la cual las personas se ven inmersas en una espiral de situaciones que coloca en una situación de vulnerabilidad (Ronconi, 2016).

Las mujeres de color y las mujeres inmigrantes en los Estados Unidos percibían el racismo, la discriminación de género y los prejuicios de orden religioso como formas de opresión estructurales y simultáneas, es por esto que teóricas afroamericanas llegaron a establecer la distinción entre interseccionalidad estructural e interseccionalidad política (Muñoz, 2011).

La interseccionalidad estructural supone la convergencia de sistemas de discriminación que producen formas específicas de subordinación, mientras que la interseccionalidad política apunta a la intersección de los múltiples tipos de opresión que no empoderan a las mujeres, al posicionamiento relativo de los grupos subordinados, y a las agendas políticas, a menudo contradictorias, de los múltiples colectivos a los que pertenecen los sujetos oprimidos.

La discriminación interseccional se caracteriza, además, por tener efectos selectivos sobre determinados grupos de personas especial e históricamente victimizados, como el caso de las mujeres indígenas, afrodescendientes y lesbianas, entre otros.

3.3 Diferencia entre interseccionalidad y discriminación múltiple

El autor Fernando Rey Martínez (2008), reconoce el aporte del autor Timo Makkonen (2002) al diferenciar tres tipos de discriminación: (i) la discriminación múltiple, que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes motivos y en momentos temporales distintos; (ii) discriminación compuesta, en el que la discriminación se da como consecuencia de dos o más factores, añadidos el uno al otro en un determinado momento temporal; y (iii) la discriminación interseccional, la cual es el motivo de estudio del presente escrito, que se produce cuando varios motivos de discriminación interactúan o interaccionan a la vez, de forma concurrente, y ello tiene como efecto directo la dificultad añadida en el proceso de socialización e integración social de las personas que la sufren (Medina, 2014). Es esa confluencia de factores que se potencian al expe-

rimentar racismo, sexismo, xenofobia, restricciones por condición de migrante u origen nacional, o cualquier otra forma de exclusión o restricción (González, 2010).

A pesar de la aparente clara diferencia entre los términos antes mencionados se han suscitado diversas dudas sobre la diferencia entre los términos de discriminación interseccional y discriminación múltiple.

La discriminación múltiple se entiende como aquella derivada de la suma o acumulación de más de uno de los motivos prohibidos de discriminación, lo que produce una discriminación “acumulada” que afecta de manera especial y concreta a las personas que la sufren. El adjetivo múltiple tiene una connotación matemática, la cual es semejante a los conceptos de doble o triple discriminación, y hace énfasis en el carácter compuesto de las causas de la discriminación.

Tradicionalmente se había entendido que el estudio respecto a la discriminación basada en una o más de estas categorías se realiza analizando las mismas de manera independiente, sin que se considerara una forma particular de vulnerabilidad o de discriminación que resultara de la interacción de varios motivos prohibidos. No obstante, actualmente ya es posible realizar una distinción más elaborada entre los conceptos de discriminación interseccional y discriminación múltiple (Vargas, 2016).

Se entiende como discriminación múltiple en atención a las varias causas que la motivan; sin embargo, si bien alude a la existencia de varios factores, la discriminación múltiple no analiza la interacción de los motivos de discriminación, ni estudia si actúan de manera separada o conjunta (ONU, 2009), mientras que el término de interseccionalidad es una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género puede cruzarse con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio.

3.4 Importancia del estudio de la discriminación interseccional

Las personas, en general, son discriminadas no solo por ser quienes son, sino por lo que se piensa que son o representan; es decir, en virtud de la asignación de estereotipos sociales o culturales negativos. De igual manera, es evidente la forma en que los sistemas discriminatorios de raza, sexo, origen nacional o étnico, edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, religión, condición socioeconómica u otro status contribuyen a crear capas de desigualdad que interactúan simultáneamente, de manera que en una sola persona se conjugan múltiples identidades que, dependiendo del contexto, pueden operar como sistemas de opresión o privilegio.

“La interseccionalidad es una herramienta teórica y práctica que ayuda a representar cómo ocurre la convergencia de las múltiples discriminaciones en las vidas individuales y colectivas, principalmente en la vida de las mujeres” (González, 2010, p. 2747). De esta manera, se reconoce que las personas no viven la discriminación de forma aislada, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y desventajas.

Acabar con los efectos negativos de la discriminación interseccional requiere del Estado dos tipos de obligaciones. Por un lado, *obligaciones negativas*: no introducir distinciones normativas, o no adoptar o implementar las normas de modo que menoscaben los derechos de grupos de personas identificados a través de esos factores (CIDH, 2003). Por otro lado, *obligaciones positivas*: adoptar medidas para eliminar los prejuicios y los obstáculos que impiden a esos grupos de personas disfrutar plenamente de sus derechos (CIDH, 2003).

4. La discriminación interseccional en la jurisprudencia internacional

A continuación, se expondrán algunos de los pronunciamientos de mayor relevancia en cuanto a interseccionalidad de la discriminación, emitidos por diversos tribunales internacionales. Primero se abordará el caso de los tribunales regionales protectores de derechos humanos para después analizar los casos resueltos por tribunales domésticos de distintos países.

4.1 Sistemas regionales

En esta sección se hará referencia a la jurisprudencia internacional que han emitido los sistemas regionales protectores de derechos humanos, dentro de los cuales, de forma específica, se pronunciaron respecto de la discriminación interseccional, o bien, se aplicó un enfoque interseccional al analizar la forma en que interactúan diversas categorías sospechosas de discriminación. Así mismo, es menester destacar que en el presente artículo se le otorgó particular atención a los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) se pronunció de manera enfática respecto a la discriminación interseccional en el caso *González Lluy vs. Ecuador*, sin embargo, consideramos que, en otras ocasiones, si bien el Tribunal Interamericano no ha utilizado el concepto de discriminación interseccional, si ha hecho un análisis sobre la manera en que las categorías sospechosas de discriminación interactúan en un mismo momento. En razón de lo anterior, a continuación, además del caso *González Lluy*, se enumera una serie de casos resueltos por el citado tribunal en el que consideramos, se realizó un estudio interseccional de la discriminación.

4.1.1.1 González Lluy y Otro vs. Ecuador

Talía González Lluy, de tres años, al presentar una hemorragia nasal fue llevada por su madre al Hospital Universitario donde estuvo internada durante dos días y, posteriormente, fue llevada a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo ubicada en Cuenca, Ecuador. En la Clínica Humanitaria fue diagnosticada con púrpura trombocito-

pénica y le comunicaron la urgencia de una transfusión de sangre y de plaquetas. Con este fin, la madre de Talía acudió al banco de sangre de la Cruz Roja, y de esta forma, la transfusión fue realizada unos días posteriores.

En enero de 1999, al realizarse pruebas de sangre, se confirmó que Talía era una persona con VIH. Había sido infectada por medio de la transfusión de sangre realizada por la institución de salud, por lo que su madre presentó varios recursos en instancias civiles y penales en Ecuador.

A los 5 años, Talía fue inscrita en la escuela pública de educación básica y asistió a clases normalmente durante dos meses, sin embargo, en el mes de noviembre, al enterarse la institución educativa que Talía era una persona con VIH, se le informó que ya no debía asistir a clases. Ante la situación anterior la madre interpuso un amparo, el cual fue declarado inadmisibles por el tribunal de lo contencioso. De acuerdo con las declaraciones de Talía y su familia, estos fueron obligados a mudarse en múltiples ocasiones debido a la exclusión y el rechazo del que fueron objeto por la condición de la niña.

Este caso es presentado posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y adquiere suma importancia, ya que es el primero en el que el Tribunal Interamericano utiliza por primera vez el concepto de interseccionalidad para el análisis de la discriminación (CIDH, 2015) y el Tribunal Interamericano concluye que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, mismos que se asocian a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH.

La Corte indica que la discriminación a la que se enfrentó Talía no solo fue ocasionada por diversos factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación, la cual fue resultado de una intersección de dichos factores, esto quiere decir, si alguno de esos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

La pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que por lo tanto generó el contagio de VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Por otra parte, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género.

Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados (Corte IDH, 2015, párr. 290).

4.1.1.2 *Campo algodonero vs. México*

El caso campo algodonero está enmarcado por un contexto social complicado. En Ciudad Juárez, desde 1993, existió un aumento significativo en el número de desapariciones y homicidios de mujeres y niñas (CIDH, 2009). Las víctimas eran mujeres de entre 15 y 25 años, estudiantes o trabajadoras de maquila, de tiendas o de otras empresas locales.

Los alegatos de los demandantes encontraron sustento en diversos informes de entidades nacionales e internacionales que establecen que las víctimas de los homicidios parecen ser predominantemente mujeres jóvenes —y niñas—, trabajadoras —sobre todo de maquilas—, de escasos recursos, estudiantes o migrantes; así mismo un número considerable de los homicidios presentaron signos de violencia sexual.

Uno de los factores mencionados como generadores de violencia y marginación es la situación económica de las mujeres víctimas. Si bien los homicidios tienen causas diversas, con diferentes autores, en circunstancias muy distintas y con patrones criminales diferenciados, estos se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad, y muchos casos ocurren en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer.

Los hechos que generaron este caso fueron los de las jóvenes Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette González y Esmeralda Herrera Monreal, quienes fueron desaparecidas entre los meses de septiembre y octubre del 2008, todas ellas de origen humilde.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos omitió el término de interseccionalidad o transversalidad de la discriminación, pero al respecto se puede considerar que el Tribunal realizó un estudio interseccional de la discriminación, al considerar la situación contextual de violencia que presenta este caso, así como la condición de vulnerabilidad de las víctimas por ser mujeres en situación de pobreza y la complejidad de la situación que viven las mujeres en Ciudad Juárez, para así determinar que esta doble condición fue el motivo por el cual los tribunales estatales de justicia no cumplieron con su obligación de identificar a los responsables del homicidio, ocasionando la privación del derecho al acceso a la justicia por motivos discriminatorios.

4.1.1.3 *Fernández Ortega y otros vs. México*

Este caso se desarrolla en un contexto de ocupación militar en el Estado de Guerrero, mismo en el que un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes residen en municipios de gran marginación y pobreza. En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos de la vida como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso.

En este contexto social, la señora Fernández Ortega es una mujer de origen indígena, pertenece a una comunidad indígena, y se dedica a labores domésticas. El 22 de marzo del año 2002 tres militares ingresaron a su casa, en la cual se encontraban sus hijas e hijos presentes, preguntándole por su marido, al no poderles responder en virtud de hablar poco español, le apuntaron con sus armas y abusaron sexualmente de ella.

La señora Fernández Ortega buscó la protección de las autoridades, pero en lugar de esto, se encontró con un sistema de justicia que no había adecuado sus estructuras para responder a las necesidades particulares de una mujer víctima de violencia sexual. Asimismo, las autoridades no realizaron una investigación seria, completa y efectiva de los hechos, lo cual generó que la impunidad de los responsables se perpetuara por más de ocho años.

En este caso, la violencia sexual fue utilizada como una forma de manifestar dominación por parte de los militares. Además, la violación sexual fue una manifestación profunda de discriminación por su condición de indígena y por su condición de mujer y buscaba humillar, así como causar terror. Por otra parte, la falta de esclarecimiento de los hechos y la consecuente impunidad acentuaron la discriminación, la subordinación y el racismo en su contra, y la deslegitimación frente a los miembros de su comunidad.

En cuanto a la obligación específica de sancionar la violencia contra la mujer, las mujeres indígenas enfrentan obstáculos para acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y la discriminación étnica. Dichos obstáculos pueden ser particularmente críticos, ya que representan formas de discriminación combinadas por ser mujeres, indígenas y pobres.

Al igual que en el caso anteriormente citado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pronunció respecto del concepto de discriminación interseccional, pero si estudio la convergencia de elementos discriminatorios que daban como resultado la interseccionalidad de la discriminación, al analizar la situación de vulnerabilidad teniendo en consideración no solo la etnicidad, sino también el idioma, situación que ocasionó un menoscabo injustificado en su derecho de acceder a la justicia (CIDH, 2010a, párr. 201).

4.1.1.4 Rosendo Cantú

El contexto social de este caso es igual al anterior, ya que se produce en el Estado de Guerrero en un contexto de presencia militar. La población indígena de Guerrero se encuentra en una situación de vulnerabilidad, la cual se refleja en diferentes ámbitos de la vida. En este Estado las mujeres indígenas siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal completamente ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres.

La señora Rosendo Cantú es una mujer perteneciente a una comunidad indígena; al momento de los hechos tenía apenas 17 años y se encontraba casada. En 2002, cuando

se encontraba en un arroyo de su comunidad, ocho militares la rodearon, la interrogaron y al no responderles, la golpearon y dos de ellos la penetraron sexualmente mientras los otros miraban. Ante esto, el Estado no realizó una investigación imparcial, seria y efectiva de los hechos.

La violencia sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye una grave violación de los derechos humanos. En los casos de violencia sexual contra mujeres indígenas, el dolor y la humillación se agrava por su condición de indígena, debido al desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes, y por el repudio de su comunidad como consecuencia de los hechos.

En el presente caso la violación sexual constituyó una forma de violencia contra la mujer y, en consecuencia, aunque la Corte Interamericana no se pronunciara al respecto, por su condición de niña, mujer en situación de pobreza e indígena, implicó que fuera víctima de una intersección de discriminaciones (CIDH, 2010b).

4.1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso de Beauty Solomon, que se presentará a continuación, y que fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue seleccionado en virtud de la particular relevancia que este reviste, ya que, tal como lo establece Guzmán y Jiménez (2015), es

Un hito al tratarse del primer caso de discriminación y violencia interseccional por raza, estatus y género que se presenta ante el Tribunal Europeo Derechos Humanos, y donde además se condena por primera vez a un Estado considerando las desigualdades interseccionales de la persona agredida (p. 599).

4.1.2.1 A. B.S. vs. España

La señora Beauty Solomon, de origen nigeriano, residía legalmente en España desde hacía un par de años. El día de los hechos, en julio de 2005, cuando la demandante se encontraba en la vía pública en la zona del Arenal donde ejercía la prostitución, fue agredida física y verbalmente por dos agentes de la Policía Nacional, quienes le solicitaron que se identificara. Lo mismo ocurrió unos días después, cuando agentes de la Policía Nacional volvieron a molestarla. La demandante se queja, en primer lugar, del trato tanto verbal como físico, recibido por parte de los agentes de la Policía Nacional en las interpelaciones de las que fue objeto. Considera haber sido discriminada en razón de su profesión, el color de su piel y por ser mujer. En efecto, afirma que otras mujeres con una apariencia tradicionalmente asociada a las personas de origen europeo que ejercían la misma actividad en el mismo sector no fueron abordadas por las fuerzas del orden.

Desde el punto de vista de estas disposiciones, la demandante señala la insuficiencia de la investigación entablada por los Tribunales Internos para el esclarecimiento de los hechos alegados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 2012) estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución.

En este sentido, es necesario que los tribunales internos brinden una verdadera protección de derechos a las mujeres que ejercen la prostitución, esto en virtud de la situación en que se encuentran por el hecho de ser mujeres, lo cual las coloca en un contexto de violencia generalizada, y si a esta situación se le anexa que el presente caso versa sobre una mujer pobre de origen nigeriano, la situación en la que se encuentra se ve fuertemente agravada, para lo cual se requiere que los tribunales realicen un estudio interseccional de la situación, con la finalidad de realizar pronunciamientos que verdaderamente atiendan a las necesidades concretas de las víctimas.

4.1.3. Otras sentencias

En esta sección se realiza una recopilación de sentencias americanas de particular relevancia y contribución en la materia de estudio. Si bien los tribunales constitucionales de Estados Unidos y Canadá no se han pronunciado de manera muy recurrente y enfática respecto al concepto de interseccionalidad de la discriminación, si son estos tribunales quienes han realizado en mayor número de ocasiones un análisis interseccional de esta.

4.1.3.1 Lam vs. University of Hawaii

Maivan Clech Lam es una mujer de ascendencia vietnamita, la cual afirma que la Facultad de Derecho de la Universidad de Hawaii la discriminó por motivo de su raza, sexo y nacionalidad, lo anterior en virtud de que las dos veces que solicitó el cargo de directora del Programa de Estudios Jurídicos del Pacífico Asiático de la Facultad de Derecho fue rechazada.

Lam solicitó por primera vez la dirección entre 1987 y 1988 y se convirtió en finalista, sin embargo, la Facultad canceló la búsqueda sin contratar a nadie. Un par de años más tarde volvió a solicitar el puesto de directora, pero la Facultad de Derecho ofreció la posición a otro candidato. Cuando ese candidato declinó aceptar la posición, la Facultad, de nueva cuenta, canceló la búsqueda.

Lam presentó una demanda en mayo de 1989 contra la Universidad de Hawaii, el decano de la Facultad de Derecho y el presidente de la Universidad, alegando discriminación por raza, sexo y nacionalidad. Sin embargo, en cuanto a la alegada discriminación debido a la nacionalidad y sexo de Lam, la Corte Constitucional se pronunció de manera favorable para los acusados, lo anterior, debido a que otros dos candidatos para la posición de director eran un hombre asiático y una mujer blanca, estudio que

hizo a la Corte concluir que existían razones legítimas para no contratar a Lam, ya que el no contratarla se debió a la incertidumbre de la Facultad con respecto a los objetivos y atributos deseados en el programa, razón que no constituía por ningún motivo discriminación (Powell, 1996).

En este caso la Corte estableció que el hecho de intentar dividir la identidad de una persona en la intersección de la raza y el género distorsiona la naturaleza particular de los casos concretos (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos 9° circuito, 1994). Al evaluar la importancia de estos componentes, el Tribunal parecía ver el racismo y el sexismo como elementos que interactúan simultáneamente y que son parte inherente de la identidad de la persona, de modo que evaluar la discriminación contra una mujer asiática no se debe convertir en dos cuestiones distintas: evaluar el racismo por un lado y evaluar el sexismo por otro, con hombres asiáticos y mujeres blancas, a través de lo cual la situación no constituirá discriminación. Pero bajo un análisis interseccional, mediante el cual, se evalúa la manera en cómo convergen las categorías de discriminación en el caso concreto de las mujeres asiáticas, esta distinción es considerada discriminatoria.

4.1.3.2 Canadá (fiscal General) vs. Mossop (jueza L'Heureux-Dubé)

En 1985, Brian Mossop solicitó licencia de duelo a su empleador para asistir al funeral del padre de su pareja gay. Su empleador le negó la licencia bajo el convenio colectivo, alegando que Popert (su pareja) no era “familia inmediata”. Brian Mossop llevó a su empleador ante la Comisión Canadiense de Derechos Humanos. La orientación sexual no era un motivo prohibido de discriminación en ese momento, por lo que argumentó que había sido discriminado con base a su “estatus familiar”, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Canadiense de Derechos Humanos (Corte Suprema de Canadá, 1993).

El Tribunal Canadiense de Derechos Humanos falló a su favor, pero el gobierno apeló ante el Tribunal Federal de Apelación y la conclusión favorable fue anulada. Mossop apeló ante el Tribunal Supremo, pero se confirmó la sentencia del Tribunal Federal. En cuanto a la cuestión de si había o no discriminación basada en la situación familiar, el tribunal consideró que no había fundamento para la reclamación de Mossop porque el Parlamento había excluido intencionalmente la orientación sexual de la lista de motivos de discriminación prohibidos. Como la intención era clara, tanto el Tribunal Federal como el Tribunal Supremo estaban obligados a aplicar la ley (Daly, 2015).

La jueza L'Heureux-Dubé, en este caso, sostuvo que las normas que les prohíben a las parejas del mismo sexo los beneficios que comúnmente se les otorgan a parejas del sexo opuesto constituyen discriminación basada en la orientación sexual. De igual forma, indicó que la discriminación por orientación sexual debía ser tratada plenamente de la misma forma como lo eran las otras categorías sospechosas de discriminación (Eskridge, 2000). En este orden de ideas, es indispensable entender que la orientación sexual, así como lo es la raza, el género o el sexo, es una característica personalísima del ser humano y es igualmente un motivo que pone a un grupo de personas en situa-

ción de desventaja tanto social como política por motivo de prejuicios y estereotipos sociales, es por esto, que al ser las personas gay un grupo que históricamente se han encontrado en desventaja y en un contexto de violencia por motivo de su orientación sexual, convergen en ellos diversos factores que los colocan en una situación única de vulnerabilidad, y al no ser analizada esta interseccionalidad de elementos en los casos concretos que se presentan, los tribunales tanto constitucionales como internacionales corren el riesgo de no garantizar adecuadamente los derechos de estas personas.

4.1.3.3 *Egan vs. Canadá, jueza L'Heureux-Dubé. (Corte Suprema de Canadá, 1995)*

James Egan y John Norris Nesbit eran una pareja gay que había estado en una relación conyugal desde 1948. Al llegar a la edad de 65 años en 1986, Egan se convirtió en candidato para recibir la Seguridad de la Vejez y un suplemento de ingresos garantizados por el Gobierno bajo la Ley de Seguridad de la Vejez. Dicha ley estipula que el cónyuge del pensionista puede recibir una pensión conyugal si su ingreso combinado cae por debajo de cierta cantidad.

Cuando Nesbit alcanzó los 65 años solicitó al Departamento de Salud y Bienestar Nacional una asignación por el cónyuge. Sin embargo, se le negó basándose en que lo establecido en el artículo 2 de la Ley de seguridad de la vejez, no incluía a un miembro del mismo sexo. James Egan y John Norris presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Federal de Canadá, alegando que la definición de *cónyuge* en virtud de la Ley de Seguridad de la Vejez constituía una violación de su derecho a la igual protección y el mismo beneficio de la ley, consagrado en el artículo 15 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, constituyendo discriminación por motivo de orientación sexual (Wintemute, 1994).

El Juez de Primera Instancia afirmó que la distinción entre cónyuges y no-cónyuges no tenía nada que ver con la orientación sexual y, por lo tanto, no podía constituir discriminación. Ante esto, la Jueza L'Heureux-Dubé determinó que existe una distinción legislativa y que dicha distinción niega a los apelantes su derecho al igual beneficio ante la ley como pareja.

En este caso, al ser Egan una persona con escasos recursos económicos y al negarle la pensión a la cual tiene derecho, le dificultan el acceso a ciertos servicios básicos, como lo son los servicios de salud o alimentación. Aunado a lo anterior, al haberles negado el acceso a los derechos básicos a que una pareja tiene derecho, y tratándose de una persona perteneciente a la comunidad LGBTly que además es una persona mayor, convergen en él factores de discriminación, que traen como consecuencia la interseccionalidad del acto y, así mismo, se siguen alimentando los estereotipos y la estigmatización a este grupo social, lo cual además contribuye a mantener la situación social existente.

4.1.3.4 *Baylis-Flannery vs. DeWilde*

El Tribunal de Derechos Humanos de Ontario (TDHO, 2003) dictaminó que el demandado, Walter DeWilde, discriminó a la demandante Rachael Baylis-Flannery debido a su raza y sexo, la acosó sexual y racialmente y, en última instancia, la despidió de su empleo porque ella se quejó de su conducta.

Esta decisión representó la primera vez que el Tribunal reconoció y aplicó explícitamente el concepto de interseccionalidad tanto a la responsabilidad como al recurso. El Tribunal determinó que la interseccionalidad de la discriminación basada en el sexo y la raza ocasionaba angustia mental a la demandante; asimismo, determinó que Walter DeWilde acosó sexual y racialmente a Baylis-Flannery porque era una joven negra sobre la que podía afirmar su poder económico y su control.

5. Conclusiones

El concepto de discriminación interseccional surge como una manera en que las mujeres afroamericanas se revelaban a los movimientos feministas de las mujeres americanas, las cuales ignoraban las necesidades de estas, sin embargo, este concepto trascendió hasta ser actualmente un método de análisis para aquellos casos en que la situación de la víctima está dotada de una peculiaridad que la vuelve única y distinta a las demás categorías de discriminación y es entonces donde este concepto se vuelve fundamental para brindar una verdadera protección a aquellos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y que además converge en ellos otro u otros motivos de discriminación.

Los datos evidenciaron que, a pesar de que este concepto no es nuevo, durante muchos años, tantos los distintos tribunales constitucionales como los internacionales lo han ignorado completamente, y como consecuencia de esto no se ha logrado alcanzar una verdadera protección a los derechos de aquellas personas que se encuentran en una situación donde convergen distintas categorías sospechosas de discriminación.

De lo anterior, se puede concluir que este concepto es de gran relevancia, ya que a través de su estudio se puede diferenciar, por ejemplo, la situación que viven una mujer y un hombre en un mismo ámbito. Asimismo, el análisis del trabajo permite darnos cuenta de la importancia que tiene que los tribunales comiencen a analizar este concepto al momento de resolver sobre los casos en cuestión, ya que si no se analiza el contexto en el que se desenvuelve la víctima, o la situación de particular vulnerabilidad en que se encuentra, no se puede resolver de una manera verdaderamente protectora e inclusive, se corre el riesgo, de perpetrar la situación en la que se encuentran diversos grupos en situación de vulnerabilidad.

6. Referencias

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). *Recomendación general número 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8336.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párrafo 114. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a). *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010a. Serie C No. 215. Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010b). *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010b. Serie C No. 216.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf
- Canadá. Corte Suprema. (1993). *Caso Canadá (Fiscal General) vs. Mossop*. Recuperado de scc.lexum.org/en/1993/1993scr1-554/1993scr1-554.html
- Canadá. Corte Suprema. (1995). *Caso Egan vs. Canadá*. Recuperado de www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1995/1995canlii98/1995canlii98.pdf
- Canadá. Tribunal de Derechos Humanos de Ontario. (2003). *Caso Baylis-Flannery vs. DeWilde*. Recuperado de www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2003/2003hrto28/2003hrto28.html
- Crenshaw, W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1.241-1.299.
- Daly, P. (2015). The Struggle for Deference in Canada. *The Scope and Intensity of Substantive Review. Transversing Taggart's Rainbow* (444), 1-29.
- Davis, A. (1981). *Mujeres, raza y clase*. Madrid: Akal.
- Eskridge, W. N. (2000). La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 203-229.
- González, P. (2010). Las mujeres con discapacidad y sus múltiples desigualdades; un colectivo todavía invisibilizado en los Estados latinoamericanos y en las agencias de cooperación internacional. En E. Rey Tristán y P. Calvo González (Coords.) *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional (2737-2756)*. Santiago de Compostela.

- Guzmán, R. y Jiménez, R. (2015). Violencia de Género: Intersecciones. *Oñati Socio-Legal Series*, 5(2), 596-612.
- Lugo, F. (2003). *La interseccionalidad de la discriminación*. Recuperado de http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21589/1/15_la_interseccionalidad_en_ladiscriminacion.pdf
- Makkonen, T. (2002). *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Recuperado de <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>
- Medina, M. (2014). *Retos del Reconocimiento y Ejercicio de los Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas en el Multiculturalismo Constitucional. Reflexiones a Partir del Pueblo Wayúú*. (Tesis de maestría no publicada). Universidad Nacional de Colombia Facultad Derecho y Ciencias políticas, Bogotá.
- Muñoz, P. (2011). *Violencia interseccional, debates feministas y marcos teóricos en el tema de pobreza y violencia contra las mujeres en Latinoamérica*. Tegucigalpa, Honduras: Central America Women's Network (CAWN).
- Organización de Estados Americanos. (2013). *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (2001). *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Durban, Sudáfrica. Recuperado de https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2009). *OBSERVACIÓN GENERAL N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra.
- Powell, M. E. (1996). The Claims of Women of Color Under Title VII: the Interaction of Race and Gender. *Golden Gate University Law Review*, 2(26), 413-436.
- Rey, F. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista española de derecho constitucional*, (84), 251-283. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48137/29588>
- Ronconi, L. (2016). Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso González Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (12), 119-131.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). *Caso B.S. vs. España*. (No. 47159/08), España: Sentencia de 24 de julio de 2012.
- United States Court of Appeals, Ninth Circuit. (1994). *Caso Lam v. University of Hawaii*. Recuperado de <https://openjurist.org/40/f3d/1551/lam-v-university-of-hawaii>
- Vargas, G. (2016). Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de discriminación, el caso González Lluy y otros vs. Ecuador. *Iuris Dictio*. 18, 143-152.

Viveros, M. (2008). La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual. En C. Careaga, *Memorias del Primer Encuentro Latinoamericano y del Caribe (168-198)*. México.

Wintemute, R. (1994). Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination: Same-Sex Couples and the Charter in Mossop, Egan and Layland. *McGill Law Journal*, 39, 429-478.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial

*Reasonable Pluralism within the Constitutional State:
From Toleration to Judicial Discretion*

Gabriel Alejandro Encinas Duarte¹

Fecha recibido: 23/09/2019. Fecha aprobado: 2/12/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Encinas, G. A. (2019). Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial. *Revista Nuevo Derecho* 15(25):88-109.

Resumen

En este artículo presento la tesis del desplazamiento funcional de la tolerancia (como respuesta institucional ante el pluralismo) por el ejercicio de la discrecionalidad en sede judicial. El eje central para ello yace en la relevancia y límites de la argumentación sustantiva y con pretensiones de corrección. Primero, tras exponer un concepto de tolerancia, recabo argumentos que indican que esta deviene insuficiente ante los logros del constitucionalismo. Esto es así porque la tolerancia implica un contexto social comprensivo, o bien, presupone un sesgo antiuniversalista en las razones públicas y en la fundamentación de los derechos humanos. Después, indico que esta incompatibilidad, por sí misma, no implica un obstáculo para la estabilidad social, o bien, la operación del constitucionalismo. La razón de ello es que en los Estados constitucionales encontramos como equivalente funcional a la garantía de los derechos. Ahora bien, es la abstracción de los derechos humanos, así como los desacuerdos en la justificación pública, los que nos obligan a reconocer un necesario margen de discrecionalidad, especialmente en sede judicial mediante el control de constitucionalidad. Así, por último, planteo la pregunta sobre la adecuación de que sea el juzgador constitucional quien trace límites en forma puntual al pluralismo razonable. Se postula que una clave para ello radica en los compromisos que implica la pretensión de corrección en la fundamentación judicial, ya sea en un sentido bivalente o de razonabilidad gradual.

Palabras clave: pluralismo razonable, tolerancia, discrecionalidad, única respuesta correcta, razonabilidad.

¹ Maestro en teoría del derecho (*LLM in Legal Theory*) por la Universidad Johann Wolfgang Goethe, Fráncfort del Meno, Alemania y Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California campus Ensenada. Doctorando en el programa "Human Rights and Global Politics" de Scuola Superiore Sant'Anna en Pisa, Italia. Correo electrónico: g.encinasduarte@santannapisa.it. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4338-9146>.

Abstract

In this article, I submit that toleration (as an institutional response to pluralism) is functionally displaced by the exercise of judicial discretion. The linchpin for this is the relevance and limits of substantive reasoning involving a claim to correctness. First, after presenting a concept of toleration, I recall arguments which point toward its insufficiency regarding the achievements of constitutionalism. This follows from toleration implying either a comprehensive social context or an antiuniversalist bias in the justification of human rights and public reasons. Then, I claim that this incompatibility in itself is no obstacle for social stability or the operation of constitutionalism. This is so, since we find a functional equivalence in the safeguard of rights in constitutional states. However, it is on account of the abstract character of human rights, as well as disagreements in public justifications, that we are compelled to recognize the necessity of a margin of discretion, which becomes especially salient in constitutional adjudication. Finally, I pose the question whether it is adequate for the constitutional judge to draw limits in a piecemeal fashion to reasonable pluralism. I pose that a key element for this emerges from the commitments entailed by the claim to correctness in judicial reasoning, either in a bivalent fashion or as a matter of degree through reasonableness.

Keywords: Reasonable pluralism, toleration, discretion, one right answer, reasonableness.

1. Introducción

El hecho del pluralismo social es tanto catalizador como condición necesaria del ideal liberal del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, esta condición es insuficiente para determinar sus propias consecuencias normativas e institucionales. En este tenor, algunos planteamientos insisten en la necesidad de la tolerancia para la estabilidad de las sociedades plurales. En este artículo apoyo la tesis del desplazo funcional de la tolerancia (en tanto mecanismo para el manejo del pluralismo) por la argumentación e inevitable discrecionalidad que toma lugar principalmente, como lo enfatiza la teoría jurídica contemporánea, en sede judicial. Para ello, los siguientes pasos son necesarios.

Primero, tras exponer una breve relación entre el pluralismo y tolerancia, recabo argumentos que indican que esta no es compatible con los postulados contemporáneos del constitucionalismo. Esto es así porque la tolerancia, en la mayoría de sus casos, se encuentra necesariamente atada a un contexto social de tintes más bien comprensivos, o bien, presupone un sesgo antiuniversalista en las razones públicas y en la fundamentación de los derechos humanos.

Segundo, indico que esta incompatibilidad, por sí misma, no implica un obstáculo para la operación del constitucionalismo ya que en él encontraremos como equivalente funcional a la jurisdicción en tanto garantía de los derechos. Ahora bien, por una parte, la abstracción y justificación pública de los derechos fundamentales nos obliga a reconocer la discrecionalidad, especialmente en sede judicial. Por otra parte, la funda-

mentación judicial a menudo sostiene una pretensión de corrección bivalente y con ello susceptible de ser interpretada en tensión con el pluralismo, lo que debe ser puesto en cuestión.

Así, por último, planteo la pregunta sobre la adecuación de que sea el juzgador constitucional quien trace (siempre en forma puntual) límites a lo que Rawls llamaba *pluralismo razonable*. Al margen de su aparente tensión con el pluralismo democrático, mi respuesta preliminar se adhiere a quienes aducen que las razones para ello se deben a la pragmática institucional lo que apunta hacia una pretensión de corrección con un sentido de validez bivalente y no solo de razonabilidad (en sentido gradual) en sus decisiones.

2. Tolerancia: función y límites

Es común encontrar referencias sobre que tomar conciencia del pluralismo llevó a John Rawls a dar un giro político en el sentido de crear un modelo de liberalismo político basado en la tolerancia (Müller, 2018, p. 172). Para demostrar que esto no es así, los siguientes pasos son necesarios.

En primer lugar, busco llamar la atención sobre la relación entre dos conceptos: pluralismo social y tolerancia. Con ello emergen indicios de que la tolerancia se enmarca en una racionalidad de tipo instrumental. En segundo lugar, recojo algunos argumentos que establecen que Rawls no tenía a la tolerancia como objetivo de la fundamentación de su liberalismo político. Las razones que sustentan esto son relevantes para las teorías de la tolerancia en general. En tercer lugar, apunto que, también en el modelo actual del Estado constitucional, el hecho de que el pluralismo *razonable* requiera que las decisiones institucionales deban tomarle en cuenta para ser legítimas.

2.1 Relación del pluralismo social y tolerancia

Se suele reconocer al surgimiento del pluralismo como producto de la reforma protestante y de las guerras de religión en Europa. Esta afirmación constituye un punto de partida común en la literatura que amerita ser tomado en cuenta (Rawls, 1996 citado en Sartori, 1997, p. 59). Con ello, nos acercáramos más al pluralismo entre religiones (esto es, aquellas toleradas por una organización política central, aun con una religión oficial) que al pluralismo de los valores.² No obstante, existen dudas también a nivel histórico, y es que, citando a José Casanova (2008), en esta narrativa cabría sospechar alguna especie de “mito fundacional de la identidad europea contemporánea” (p. 64), toda vez que, sobre la base de ejemplos históricos se señala que

² Aunque podrían trazarse paralelos entre ambos tipos de pluralismo, como lo hiciera con grandes frutos John Rawls a través del concepto más abarcador del pluralismo entre *doctrinas comprensivas* que incluyen filosofías, religiones, y concepciones morales, etcétera.

Las así llamadas ‘guerras de religión’ podrían llamarse de forma mas apropiada las guerras de la temprana formación del estado europeo. A las minorías religiosas enmascaradas en el territorio confesional indebido no se les ofrecía tolerancia secular, y mucho menos libertad de religión, sino la ‘libertad’ de emigrar (Casanova, 2008, p. 65).

Así, aunque se suele afirmar que la tolerancia como virtud pública emerge entonces, vale la pena recordar que en tal punto cuenta con una institucionalización pública aun embrionaria. En las palabras de Sartori (1997, p. 59), esta idea o ideales pluralistas aun seguían por formar y permear una realidad pluralista.

Incluso, por lo que hace a la idea en historia, la emergencia del pluralismo podría ser trazado hasta lo que Karl Jaspers (1949) llamaba época axial (alrededor del año 500 a. C.). Con ello identificaríamos la primera emergencia histórica de una serie de distinciones. Entre ellas, la principal distinción tendría lugar entre la inmanencia de los agentes de autoridad y la trascendencia del fundamento de su autoridad. Entre mayor fuera el caso que tales autoridades se reconocieran más dependientes en cuanto a tales fundamentos trascendentales, resultaría abierto, más espacio, para la interacción de interpretaciones en cuanto a las normas contenidas en tales fundamentos, así como el desacuerdo y su disputa.³ En una ambiciosa tesis, David Rasmussen (2017) recoge tales ideas sobre la época axial, de la mano de la teoría de las modernidades múltiples de Shmuel Eisenstadt, para dar cuenta de una teoría de la modernidad que implique un menor grado de eurocentrismo (en comparación con las dominantes teorías de Weber o su recepción en Rawls): tales sucesos propiciarían el desarrollo de núcleos del constitucionalismo (*kernels of constitutionalism*) (Eisenstadt, 2007, p. 2; citado en Rasmussen, 2017). Si se quiere, nosotros podríamos agregar que esta noción de espacio de juego o interacción para interpretar (y estar en desacuerdo sobre los fundamentos de las normas) también nos orientaría, en forma muy incipiente, hacia el concepto de la discrecionalidad (*Spielraum* en alemán) sobre la que llamaré la atención en la siguiente sección. Por ahora, el siguiente punto es clave. El pluralismo, entendido como condición del conflicto entre interpretaciones, emerge con la separación de las esferas de la legitimidad, y de la autoridad que pretenda tal legitimidad.

En todo caso, es seguro que la tolerancia en cuanto directriz de las organizaciones políticas tiene instancias históricas más allá del norte de Europa. Se le puede encontrar a lo largo del desarrollo de los imperios. Un ejemplo de esto sería el sistema de *millet* en la burocracia del Imperio otomano (Barkey, 2018, p. 94). Así también, podríamos trazar una comparación con la manera en que los poderes coloniales reconocían un grado de autonomía para los ordenamientos normativos autóctonos.⁴

³ Sobre el rol de la interpretación en el judaísmo, con la trascendencia como otredad invisible que excluye alguna única respuesta correcta véase Ladeur y Augsburg (2009), especialmente la página 442 y siguientes.

⁴ Un argumento clásico en este sentido se encuentra en Griffiths (1986) a páginas 6 y siguientes. El concepto de pluralismo jurídico emerge para explicar la interacción del derecho (oficial o hegemónico) respecto al derecho no oficial (o, simplemente, otros ordenamientos normativos en general) por ejemplo en el espacio del imperio británico. Resalta su apropiación y posterior desarrollo para describir y explicar la interacción del derecho respecto al espacio normativo indígena en las Américas. Una postura crítica, ya clásica a su vez, sobre la perspectiva científico-social o antropológica en el pluralismo jurídico se encuentra en Tamanaha (1993). Podría ser que, en la actualidad, el potencial descriptivo para este tipo de situaciones, así como una perspectiva histórica de la interacción del derecho con la pluralidad de ordenamientos normativos, se recoja mejor con el concepto de multinormatividad (Duve, 2017).

En este sentido, la política de la tolerancia aparece como necesidad organizativa y quizás como segunda mejor opción a la realización de la integración. Podríamos pensar en ella como parte de un conjunto general de técnicas para manejar la pluralidad, como también lo serían la subsidiariedad o la delegación de competencias. En este tenor, cabría sostenerse que tales políticas de tolerancia tienen razones de tipo instrumental o prudencial. Es decir, se les enmarcaría dentro de aquella racionalidad que se caracteriza por elegir los medios que resulten conducentes a fines dados. El cómo lleguen estos fines a ser elegidos o justificados en su caso, es una pregunta que permanece ajena a esta concepción (o tipo) de la racionalidad.⁵ Así, no seríamos los primeros en sostener que la racionalidad de tipo instrumental es elemento esencial de cierta concepción de la tolerancia.⁶

La pregunta, entonces, sería si alguno de los otros posibles conceptos de tolerancia nos llevaría más allá de los razonamientos instrumentales o prudenciales. Antes de recordar los tipos de racionalidad que están más allá de los de tipo prudencial, es momento de precisar un mínimo de puntos relevantes de las conceptualizaciones contemporáneas de la tolerancia. En la literatura angloparlante casi es un lugar común distinguir entre *tolerance* y *toleration*. Aun así, debemos advertir que el sentido, a menudo estipulativo, de esta distinción está lejos de ser uniforme. Andrew Jason Cohen (2004, pp 76-77) distingue entre tolerancia (*tolerance*) como una actitud o virtud y tolerancia (*toleration*) como una actividad. Como lo define Cohen (2004), la tolerancia (*toleration*) es “la abstención de un agente, intencional y por principios, de interferencia en ante un otro [o su conducta, etc.] en situaciones de diversidad donde aquel considere que tenga el poder de interferir” (p. 68).⁷ Así, cabría advertir que este concepto se extiende, a través del elemento de un agente, desde individuos en el ámbito personal, los representantes de grupos sociales, y hasta los oficiales de la actividad institucional del Estado. Así, la tolerancia bien sería susceptible de ulteriores distinciones. Por una parte, tendríamos a la tolerancia como actividad general. Por otra parte, a la tolerancia como directriz política, e incluso como virtud pública. Así, entre los autores que enfatizan la dimensión de la tolerancia como virtud pública, además de John Rawls (en la siguiente sección), cabe destacar la postura de Garzón Valdés (2011).

Ahora bien, retomando la cuestión de la racionalidad de tipo instrumental, se sabe que los fines que esta persigue, o las razones que le subyacen, se podrían calificar como razonamientos de tipo ético-político. Además de notas como la expresión de tradiciones e identidades que son propias a esta dimensión del razonamiento, su estructura se caracteriza por ir más allá de buscar eficiencia o adecuación en los medios. Los razonamientos ético-políticos se dirigen hacia el establecimiento de los fines mismos a través de un proceso de tipo hermenéutico donde la comunidad política decide sobre

⁵ Una discusión crítica sobre los enfoques reductivos a tal concepción instrumental de la racionalidad y de la acción se encuentra en Habermas (1981).

⁶ Véase en Ferrari (1998); Garzón Valdés (2011); Lizárraga (2015); González de la Vega (2015b).

⁷ En forma similar, haciendo una síntesis de diversos conceptos, González de la Vega (2015a) condensa los siguientes elementos sobre los que hay un consenso en que integran un concepto de tolerancia: “1) la existencia de un acto que lesione una convicción relevante, 2) tener el ‘poder’ o la ‘competencia adecuada’ para detener, frenar u obstaculizar el acto que lesionó nuestra convicción y, 3) ponderar el valor de la convicción lesionada con razones que nos invitan a no intervenir en contra del acto en cuestión” (p. 25).

sus propias narrativas. Esto sería llamado por Habermas (1996, pp. 96-97) discurso dirigido al auto-entendimiento. Cabría añadir que, al hacer esto, necesariamente se presupone un punto de anclaje o de ventaja desde el cual tomar distancia del pluralismo que implican las distintas narrativas para elegir (con distintos grados de racionalidad) aquella que resulta más conforme con la identidad del grupo. Este es el punto problemático donde cabría hablar de decisiones existenciales (del tipo: ¿quiénes somos? ¿Hacia dónde vamos?). Además, si se buscara suprimir por completo a esta nota decisionista, hay buenos indicios de que esto dejaría a las fundamentaciones normativas desvinculadas de la cuestión de la motivación para ser puestas en acción.⁸

Con ello, el etno y egocentrismo resultan premisas necesarias de los razonamientos ético-políticos, especialmente refiriéndonos a sus necesarias delimitaciones empíricas. Es así que la tolerancia podría referir a formas, más o menos aceptables, de dirigir al otro.⁹ Cabe repetir que el contenido de tales principios (justificativos en su caso de determinadas políticas de tolerancia) restaría contingente al contenido de aquellas narrativas que broten del interior de dado grupo, aun con sus propias exclusiones y diferenciaciones internas.

Ahora bien, es cierto que las razones de tipo ético-políticas pueden ser cuestionadas. Desde mi perspectiva, esto requeriría una transición desde el auto-entendimiento hasta el entendimiento mutuo, aunque este paso podría representar un punto de diferencia entre la teoría de Habermas y de Rawls tras el giro político. Siguiendo el modelo de Habermas (1996, pp. 153-157; pp. 282-283), el resultado serían las razones morales. Estas tendrían prioridad si resultasen justificables ante todos los afectados. En este contexto, la inclusión del otro *en su otredad* implica el reconocimiento de su dignidad y de la aseguración de su autonomía. La dignidad precluye la instrumentalización y exige la protección de los derechos. Con ello, la tolerancia solo permanecería relevante para aquellos aspectos que no toquen a las materias fundamentales de la dignidad y derechos. Más aún, la dignidad solo puede pertenecer, en última instancia, a los individuos. Por supuesto que tales individuos siempre están incorporados en una red de relaciones y vínculos sociales, además de que voluntariamente pueden suscribir a distintos grupos sociales y sistemas de valores e incluso formar su identidad a través de estas relaciones.

2.2 Tolerancia y liberalismo político

En párrafos anteriores, hemos hecho alusión a la idea habermasiana de la comunicación orientada al entendimiento mutuo que se opone a una reducción de la racionalidad y de la acción a un ámbito instrumental. La postura habermasiana¹⁰ involucraría una versión discursiva del principio kantiano de la universalizabilidad. Si buscamos

⁸ También la propia teoría del discurso implica, en última instancia, tomar una decisión (a la que se le podrían imputar tintes identitarios, aunque no sin cierta tensión) al elegir participar sinceramente en justificaciones de tipo moral. Véase Alexy (2012, pp. 12-13). Uwe Steinhoff (2009, pp.247-248) acusa al argumento habermasiano de ser decisionista, pero esta postura generaliza hasta introducir el riesgo de difuminar los elementos esenciales que separan a la sinceridad (exigida por la ética del discurso) del decisionismo (e.g. Weberiano).

⁹ Sobre este punto, Ferrari (1998) y Zambrano Tiznado (2012, pp. 224-225).

¹⁰ En un punto planteado con especial claridad a partir de Habermas (1996, pp. 109-110; p. 459).

poner este interés discursivo en práctica, es decir, pasar del mero interés en la corrección discursiva al ámbito de las acciones, es dable decir que nos encontramos ante el carácter plenamente moral del *principio universal de derecho*. Es interesante que Rawls (1999) se haya separado de un proyecto similar, como lo implicaba su *Teoría de la Justicia*.

Desde cierta perspectiva, se podría sugerir que la tolerancia como tal es el objeto del *Liberalismo Político* de John Rawls (1996). Esto sería inexacto. Por una parte, es cierto que la tolerancia tiene un importante lugar dentro del método del liberalismo político: pensemos en la idea de “aplicar la tolerancia a la filosofía misma” (Rawls, 1996, p. 10). Así también, ya desde su *Teoría de la Justicia*, Rawls (1999, p. 180) hablaba de generalizar la tolerancia religiosa (conseguida como logro tras la reforma protestante) llegando a libertad en igualdad en las instituciones públicas. Aunque queda más allá del objeto del liberalismo político, la tolerancia ciertamente ocupa un lugar fundamental dentro de las virtudes públicas, al hablar de instituciones sociales, así como de las virtudes privadas, de los individuos. Bien podríamos afirmar que, como virtud, es condición con la cual sola no se sostiene la realidad del Estado constitucional, pero sin la cual fracasa. Una condición más cercana sería, para Rawls, la idea de la razonabilidad.

Es cierto que los desafíos que implica el pluralismo dentro del Estado contemporáneo (aunque, por lo que respecta a *El Derecho de Gentes*, también cabría hablar de pluralismo entre los pueblos más allá de un Estado) dieron una nueva dirección al proyecto rawlsiano. Este se transformaría, evolucionando desde una teoría de la justicia fundamentada de manera explícita en la moral constructivista kantiana, y con ello supuestamente en un paradigma más integral (o comprehensivo), hasta llegar a un planteamiento político *freestanding* y encaminado a delimitar la cuestión de la legitimidad y la fundamentación en las razones públicas.

El núcleo del liberalismo político rawlsiano se encuentra en que las razones públicas son restringibles al prospecto de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) que pueda surgir de entre las doctrinas comprehensivas razonables (en párrafos posteriores recogeremos un mínimo de precisión sobre el criterio de lo razonable).

Es así que, por otra parte, la tolerancia es condición insuficiente para este modelo. Como indica Lizárraga (2015), la tolerancia se corresponde mejor con la etapa del *modus vivendi*. Como se sabe, el *modus vivendi* es, en cierto sentido, anterior y menos estable en comparación al liberalismo político pues nos refiere a un “equilibrio que puede quebrarse tan pronto como uno de los actores advierte que puede sacar ventaja” (Lizárraga, 2015, p. 88). Esta contingencia del equilibrio viene dada a nivel fáctico por de la distribución del poder. Por esto, cabría imaginar situaciones donde las más diversas doctrinas (incluso no razonables, o radicales) coexistan. Esta situación resulta inestable, y aun en circunstancias de estabilidad, es probable esta resultase injusta al no sostenerse sobre razones adecuadas. Es por ello que tal situación fáctica entre doctrinas radicales no constituye siquiera un punto de partida del *Liberalismo Político*, pues al incluirlas no habría prospectos de apoyar la idea de lo político apoyado en razones públicas:

a diferencia del *modus vivendi*, en el consenso traslapado cada doctrina apoya la concepción política desde su propio lugar, y esto genera estabilidad, ya que la adhesión no depende de un *equilibrio de fuerzas relativo*. Así, quienes afirman la concepción política por sus propias razones no tienen motivos para retirar su respaldo en caso de que su propia posición se vuelva dominante (Lizárraga, 2015, p. 89).

Así, es relevante que Rawls realiza una restricción significativa por lo que hace a los elementos dados (es decir, al hecho que toma como punto de partida) en las sociedades contemporáneas que son susceptibles de producir un consenso entrecruzado. En un primer momento, Rawls (1989, pp. 235-238) parecería hablar de un hecho del pluralismo como tal derivado de las cargas del juicio o cargas de la razón. Estas cargas consistirían en los constantes riesgos de error en nuestro juicio, que serían identificados como permanentes e inescapables para la mente humana. Como lo relata Landemore (2017, pp. 279-280), es Joshua Cohen quien reformula el concepto, llegando al hecho del pluralismo *razonable* donde se enfatizaría que, para calificar un desacuerdo como legítimo, existirían restricciones en cuanto a la competencia epistémica (igualdad en la capacidad de razonamiento) y motivación (poseer un deseo desinteresado en elaborar principios de justicia). Haciendo suya esta precisión, Rawls (1996, p. 144) sostendría en adelante que el hecho decisivo para el liberalismo político no es el hecho del pluralismo como tal, sino el hecho del pluralismo razonable. Ahora bien, la calificación del pluralismo como razonable precisa que se trata del resultado (y aquí uno podría entreleer: un resultado necesario y no contingente) “del libre ejercicio de la razón humana en condiciones de libertad” (Rawls, 1996, p. 144). Cabe mencionar que es en este terreno donde, al menos desde Kölbel (2004), se suele hablar de desacuerdo sin falta (*faultless disagreement*): ni a nivel epistémico ni cognitivo.

Con ello, y como emerge con mayor precisión en su intercambio con Jürgen Habermas, Rawls postularía que, en los desacuerdos entre las doctrinas comprensivas razonables, la razonabilidad solo impone una carga de que los participantes que suscriben a distintas doctrinas comprensivas asuman una actitud de consideración (*thoughtfulness*) entre sí, y no de sostener una pretensión de validez bivalente, análoga a la verdad, como sería la postura de Habermas.¹¹ Este punto es relevante para la discusión sobre la necesidad de entender la pretensión de corrección (principalmente en contextos de discurso jurídico) como una tesis de única respuesta correcta, o bien, si resta la posibilidad de hablar de razonabilidad en un sentido no exclusivo de otras posibles resoluciones.¹²

Esta sería solo una de las instancias del considerable trabajo filosófico del que se ocupa el concepto de *lo razonable* en Rawls. La razonabilidad y lo razonable son conceptos controvertidos, entre otras cosas, por delimitar las doctrinas comprensivas que pueden ser admitidas en el consenso entrecruzado. Además, reconocer las doctrinas comprensivas que encontramos en la realidad constituye un rasgo esencial para mantener anclado, como se pretende, al proyecto rawlsiano en una postura política y no metafísica. Incluso, hay quienes levantan sospechas sobre si, con ello, el

¹¹ Véase Landemore (2017, p. 282).

¹² Véase las secciones 3.2 en adelante de este escrito.

argumento en *Liberalismo Político* de Rawls incurre en algún tipo de *petición de principio*, pues el contenido (si se quiere, metafísico) del ámbito de lo razonable sería determinante para el resto del proyecto (político) rawlsiano. Ante todo, la intención de Rawls es evitar que lo razonable adopte las características, a su vez, propios de una doctrina comprensiva entre otras.¹³

Sobre lo anterior, y con miras al problema de fondo en esta etapa, es decir, la estabilidad en sociedades plurales, ser razonable implicaría tener la disposición de “proponer principios y estándares como términos equitativos de cooperación y seguirlos voluntariamente bajo la seguridad de que otros harán lo mismo” (Rawls, 1999, p. 49). Más aun, la racionalidad (dada por cada doctrina comprensiva) debe ser subordinada a lo razonable, lo que implica una versión de la tesis de la prioridad de lo justo sobre lo bueno (Rasmussen, 2013, p. 532).

Para ello, es indispensable que el ámbito de lo razonable reclama cierta “autonomía doctrinal” y, este punto es decisivo, esto solo puede lograrse a partir de una reflexión crítica de la razón sobre sí misma. Con ello, como apunta Forst (2017), lo razonable es punto de pasaje y realiza una labor kantiana dentro del *Liberalismo Político*.

Así, esto iría en contra de la narrativa por medio de la cual Rawls logra distanciarse de su propio proyecto que evaluaba lo político como tal desde el constructivismo kantiano. Como lo apunta David Rasmussen (2017), Rawls transitaba progresivamente hacia *lo dado* adoptando, al final, la idea de un consenso constitucional:

desde prescindir la necesidad de consenso alguno puesto que la epistemología proveería con la verdad de la cuestión en la teoría moral de Teoría de la Justicia, a la brillante idea del consenso entrecruzado, hasta la idea del consenso constitucional con la idea del derecho superior (Ackerman) gobernando al derecho ordinario. Sería este último tránsito al consenso constitucional lo que permitiría a Rawls encontrar un consenso que no necesite ser construido por venir dado (p. 431).

Ahora bien, tomar tal afirmación seriamente viene con problemas de sí. Por una parte, esto nos podría llevar a un modelo en tensión con la universalidad de las justificaciones morales, o fuertemente convencionalista, que resulte insuficiente para una explicación completa de la normatividad crítica de los derechos humanos (Jones, 2013).

Por otra parte, parecería que la esfera de lo justificado moralmente, es decir la prioridad de lo justo sobre lo bueno, se perdería en favor de un consenso que ocurra exclusivamente al nivel de las razones ético-políticas.

Con todo ello, un consenso restringido exclusivamente a la esfera de lo ético-político deviene problemático si nos arroja la consecuencia que, al no haber criterios de corrección independientes, no hay posibilidad de corregir o, incluso, criticar las decisiones planteadas en tal nivel (es decir, de lo ético-político). Es así que correríamos el riesgo de conceder demasiado terreno a las posturas escépticas ante la racionalidad práctica, y

¹³ Véase Rasmussen (2013).

con ello cabría hablar de un potencial para el relativismo o contextualismo en la teoría de Rawls (Rorty, 1991, p. 181).¹⁴

En resumen, una interpretación fuerte de este modelo resultaría insuficiente para reconstruir el uso de argumentos y pretensiones de corrección como objetividad como se da en la práctica de las cortes en el Estado constitucional (a lo que miraremos en la siguiente sección). Por lo tanto, una solución más atractiva quizás sería insistir en los elementos sustantivos y no solo procedimentales de la razón pública (Rasmussen, 2013, pp. 534-535). Y en este sentido se lee a Rawls (1996) cuando afirma que su concepción política debe implicar un ideal normativo y moral propio de sí. En mi opinión, esto también nos conduce a una concepción kantiana de la razón práctica.

Con miras a la cuestión de la tolerancia, la tolerancia como directriz política del *modus vivendi* no es objeto del cual se encargue la fundamentación del *Liberalismo Político*, aunque quizás cabría hablar de una tolerancia a nivel epistemológico (y normativo) que marca y reconoce los límites de la razón en un sentido plenamente kantiano (Forst, 2017).

2.3 El pluralismo razonable tras la tolerancia

He apuntado algunas notas que podrían ser catalogadas como *genealógicas* sobre el surgimiento de la relación entre pluralismo y la tolerancia como respuesta institucional para su manejo. Para dar cuenta de la forma en que una reconstrucción genealógica es capaz de ejercer demandas sobre nosotros es necesario evitar tanto la *falacia genética*, es decir, confundir génesis y justificación; así como advertir cualquier *falta de continuidad*, es decir, que las condiciones de emergencia de nuestro objeto de investigación hayan desaparecido (Queloz, 2018). Como lo indica Matthieu Queloz (2018), el elemento que vincula el espacio de las causas con el espacio de las razones es el concepto de función, y con ello “la pregunta entonces es cómo el discernimiento sobre los procesos formativos puede producir razones a través de discernir la funcionalidad” (p. 12).

En lo que nos toca, una condición para la tolerancia como directriz política es el pluralismo que encontramos en plena vigencia (en sentido amplio, como algún tipo de espacio para la interacción y conflictos de interpretación sobre los fundamentos de la autoridad). Con ello, habríamos sorteado el peligro de la *falta de continuidad* en la investigación genealógica. Ahora bien, las cosas resultan más problemáticas ante la *falacia genética*. La tolerancia como directriz política permanece en un paradigma de racionalidad instrumental y da cuenta insuficientemente de la prioridad de las razones públicas (en un sentido cercano a la prioridad que otorga Habermas a las razones morales sobre las razones ético-políticas y prudenciales).

Con ello, hemos llegado al punto de reconocer que, al hablar de derechos en los Estados liberales contemporáneos, la tolerancia se vuelve irrelevante (Lizárraga, 2015 citado en González, 2015b, p. 117). Ahora bien, con ello queda un aire insatisfactorio en el siguiente sentido. No obstante que la idea que enfatiza el *Liberalismo Político*

¹⁴ Para la discusión de tal interpretación, véase Habermas (1996, pp. 62-63).

de Rawls es que las instituciones garantizan los derechos provenientes del consenso cruzado, hay obscuridad al determinar estos derechos. Claro está que una aproximación a la determinación de los derechos fundamentales o de los elementos esenciales de la constitución (*constitutional essentials*) excedería los límites de este artículo. En lo futuro solo pretendo acotar algunas notas al manejo discursivo de tales límites.

Mi tesis dice que, ante la vaguedad e indeterminación inherente a las disposiciones normativas fundamentales, así como la realidad de su operación conciliatoria de conflictos más profundos entre orientaciones de valor, las contradicciones entre directrices públicas y colisiones de derechos fundamentales se vuelven inescapables. A su vez, ante estos casos difíciles donde haya incertidumbre y/o desacuerdos genuinos, nos encontraremos ante casos donde sea necesario ejercitar discrecionalidad en la argumentación basada en razones públicas o principios. Este será el punto de partida para la próxima sección.

Ahora bien, la nota distintiva en lo siguiente es que, aunque una teoría robusta de la discrecionalidad judicial es necesaria, la cuestión normativa planteada radica en otro lugar. Me refiero a un problema que implica el tipo de fundamentación que se da en los Estados constitucionales actuales, con pretensiones de corrección. Ahí, el rol institucional del juez constitucional parecería reclamar una postura de tipo cognoscitivista en términos morales, e incluso hay quienes sostendrían que se realiza una comparación entre orientaciones de valor *incommensurables* (no obstante que se pueda defender que en realidad el criterio de corrección resulta ser la materia constitucional misma). Ahora bien, ¿esto nos arrojaría un tipo de corrección *todo o nada*?

3. Discrecionalidad judicial

La tolerancia no es un concepto suficiente ante las características de la cultura de justificación implícita en el modelo contemporáneo del Estado constitucional. Esto no implica, sin embargo, que las funciones que desempeñaba la tolerancia (como respuesta institucional para manejar el pluralismo) dejen de darse. Lo cierto es que el pluralismo social sigue vigente en la época contemporánea y, de hecho, constituye una premisa esencial para planteamientos tan influyentes como el de Zagrebelsky (2007).

Así, la cuestión es preguntarnos cuál o cuáles son las respuestas institucionales con las que contamos actualmente. Si seguimos la premisa que nuestra época es la de los derechos,¹⁵ al analizar la manera en que se reconozca o no ciertas orientaciones como debidas, nos encontraríamos con su reformulación en términos de derechos.

Al constitucionalismo contemporáneo se podría calificar como consecuencia institucional de la premisa de proteger derechos humanos. Esto se realiza a través de una distinción en el derecho, generando un tipo de dualismo democrático donde los derechos y otros principios fundamentales resulten atrincherados respecto a la polí-

¹⁵ Con ello se pretende evocar la frase titular de Bobbio (1990). Ahora bien, en tal trabajo se avanza una premisa historicista sobre la fundamentación de los derechos humanos que no se comparte. Véase Ferrari (1998, pp. 320-322).

tica ordinaria (Ackerman, 1991, pp. 3-33; Rawls, 1996, pp. 231-232). Como lo apunta el profesor Alessandro Ferrara (2019, p. 7), esto representa uno de los puntos principales que deben ser planteados ante cualquier teoría sobre el Estado contemporáneo. El corolario del modelo dualista de la democracia es que las provisiones fundamentales deben garantizarse ante cuerpos de carácter más directamente político. Así, las cortes constitucionales legitiman su lugar como guardianes de la constitución, con la función de proteger los derechos incluyendo aquellos de las minorías. Ellos deben ser exigibles por cada uno.

Es así que los colectivos y otros grupos sociales resultan protegidos en forma indirecta o incluso horizontal. Esto se sigue de los rasgos estructurales de los derechos humanos. Como lo dice Habermas (2005):

Una cultura no es apta para ser un sujeto de derecho como tal puesto que no tiene condiciones de reproducción con su propio poder; en lugar de ello, depende de la apropiación constructiva por intérpretes autónomos que digan “sí” o “no” [...] las condiciones hermenéuticas para la continuación de las tradiciones sólo se pueden garantizar a través de derechos individuales (p. 22).

Con esto, quedaríamos aún muy lejos de algunos de los reclamos, por ejemplo, del pensamiento comunitarista, pero llegaríamos mucho más allá de lo que tales grupos podrían haber logrado a través de la tolerancia como actividad general y como política. La dignidad implica derechos. Es a través de este lenguaje que incluso los colectivos pueden sostener derechos a través de sus miembros, siempre que tales pretensiones se justifiquen.

La duda entonces, es reconocer cuándo resultan justificadas las pretensiones de protección de derechos. Más aún, debemos tratar con cuidado alguna afirmación en el sentido que los casos difíciles incluso nos llevan a ponderar concepciones concurrentes de la buena vida. Esta función es ajena a las cortes. Pronunciarse sobre consideraciones ético-políticas implica el riesgo de exceder los límites de su legitimidad. Desde la perspectiva judicial, aunque también desde una perspectiva moral basada en la autonomía individual, los objetos de la ponderación siempre serían los principios y la protección de los derechos fundamentales bajo una constitución. Así también, ante la posición política de la corte, es necesario proveer argumentos y razonamientos que descarguen, o al menos mitiguen, el riesgo de estar a favor de determinado grupo social contra otro.¹⁶ De esta forma, es solo mediante el razonamiento en que se puede dar eficacia a las áreas de consenso constitucional y aquellas porciones de la autonomía y de la libertad amparadas bajo el principio liberal del daño.

Como se apuntaba antes, la vaguedad inherente a las disposiciones fundamentales crea un espacio institucional para el conflicto entre normas plausibles. En este sentido se abordará la relación de la discrecionalidad judicial como mecanismo último del

¹⁶ Esta función de los exámenes de proporcionalidad se resalta en Stone Sweet y Matthews (2008, pp. 80-96) y en Perju (2012).

manejo del pluralismo de los valores en los casos difíciles surgidos dentro el Estado constitucional.¹⁷

3.1 Concepto de discrecionalidad

Alexy (2002; 2017) distingue entre dos tipos de discrecionalidad:

a. Discrecionalidad estructural o sustantiva, que consiste en lo que las normas constitucionales ni prohíben ni ordenan. En ella encontraríamos discrecionalidad para selección medios, discrecionalidad para fijar fines y la que surge tras la ponderación.

b. Discrecionalidad epistémica, para ejercer determinaciones ante la incertidumbre de qué es lo que las normas constitucionales prohíben u ordenan y también establecer lo que se deja libre. La discrecionalidad epistémica se divide, a su vez, en dos tipos: empírica y normativa.

La condición del pluralismo razonable (i.e. entre doctrinas comprensivas: filosóficas, religiosas, morales) bien puede tocar a cualquiera de ellas, aunque parece que, si lo que pretendemos es reconstruir los argumentos del *pluralismo de los valores* dentro de la práctica del Estado constitucional, sería más relevante lo que hace a la discrecionalidad epistémica normativa.

Por lo que hace al inciso a. la discrecionalidad estructural. En este punto conocemos precisamente lo que la constitución modaliza deónticamente y lo que queda libre. Lo que resulte prohibido u obligatorio por la constitución marca los límites del pluralismo razonable y de la formación de la voluntad política.

Por lo que hace al inciso b. la discrecionalidad epistémica. En este punto tenemos incertidumbre respecto a lo que la constitución establece. Aunque esto tiene importantes implicaciones empíricas, el pluralismo razonable parecería encontrar lugar más adecuado en la discrecionalidad de tipo normativo.

¹⁷ Con ello se deja como línea de investigación pendiente un tema que, a pesar de ser relevante, excede los propósitos de este trabajo. Me refiero a la relación, a su vez, de la discrecionalidad y el pluralismo a nivel social-institucional: entre autoridades o entre ordenamientos jurídicos cuya resolución no viene dada por una relación jerárquica entre sí. Por ejemplo, a menudo es a través del ejercicio de la discrecionalidad misma que se determina quién es la autoridad competente en casos de concurrencia (Goldmann, 2016); o, en forma más sustantiva, encontramos que la doctrina del *margen de apreciación* es correlato del ejercicio de la discrecionalidad entre los nodos jurisdiccionales del espacio jurídico europeo. En todos estos casos se requiere fundamentar la propia competencia, así como argumentos aceptables para todas las partes (todos los ordenamientos jurídicos) involucradas conforme a la compleja perspectiva del asunto, o acaso, del “perfil moral” de obligaciones, derechos, permisos, libertades, etcétera (Greenberg, 2014, p. 1308) que en nuestras condiciones de interlegalidad (véase Klabbers y Palombella, 2019) resulta irreductible a un solo ordenamiento jurídico. Esta línea de investigación queda pendiente, aunque también cabe hacer la siguiente aclaración. Hablar de “pluralismo a nivel social-institucional” debe evitar reproducir uno de los problemas principales del pensamiento comunitario como lo fuera introducir un concepto de comunidad referente por igual a conjuntos sociales disímiles entre sí (pueblos, el Estado y las instituciones internacionales). Sobre este punto, y con propuestas originales para superar tal problemática a través de la lógica de la convivencia, Pirni (2018) especialmente en su capítulo 5.

En este punto, hablaríamos de incertidumbre en las premisas para una resolución o algún argumento normativo. Así encontraríamos casos donde no sabemos si la valoración envuelta en nuestras premisas es realmente aceptada (conforme a la moral *positiva*) o idealmente correcta (moral *crítica*). Cabe señalar que este punto debe sostenerse en razones públicas, de acuerdo con las cuales se debe evitar contraer compromisos con una sola de las doctrinas que componen al pluralismo razonable, lo que precluye también cualquier compromiso fuerte con premisas de realismo moral (descubrir valores independientes).

Como he apuntado antes, en el Estado constitucional contemporáneo, las cuestiones de justicia vienen fundamentadas siempre por la protección del individuo. Esta premisa individualista hace que el pluralismo razonable se asemeje más a una situación de conflicto entre orientaciones de valor del tipo que puedan ocurrir *dentro de un mismo individuo* al responder preguntas prácticas y formar su identidad que *entre grupos sociales*. Esto es así aunque, especialmente en Europa y Estados Unidos, existen casos importantes por lo que toca al respeto a los derechos que fundamentan pertenecer a alguna comunidad religiosa y el conflicto que esto ha provocado con el derecho a la educación, por ejemplo,¹⁸ o la neutralidad en las escuelas públicas.¹⁹ Estos casos no dejan de ser relevantes en el contexto latinoamericano: como nota social es relevante que también en latinoamérica contamos con un impresionante fenómeno de aumento de denominaciones religiosas y religiosidad (Casanova, 2018).

Tras este breve punto cabe destacar que la discrecionalidad no es exclusiva del poder judicial. Esto es relevante porque podríamos contraargumentar que un enfoque distinto (basado quizás en la tolerancia privada fundamentalmente) se haría cargo de una visión horizontal de la sociedad, y con ello, más conforme con la perspectiva del ciudadano que con la fijación en la función judicial que muchas veces se reclama a la teoría del derecho contemporánea. Podríamos calificar esta objeción como metodológica puesto que, de ser cierta, nos señalaría que nuestro punto de partida es inadecuado.

La razón por la que no compartimos tal objeción metodológica es la siguiente. Como se ha apuntado antes, incluso Rawls (1996) ubicaba firmemente a la tolerancia como una virtud pública²⁰ y su proyecto se enfocaba en las instituciones del Estado.

Sin negar la importancia de la *esfera pública* en su conjunto, el Estado constitucional implica, entre otras cosas, un fuerte énfasis en la función judicial y la omnipresencia de los derechos y principios fundamentales en la vida política. En nuestra perspectiva, esto no implica necesariamente un menoscabo en el alcance de la democracia, sino lo contrario: todo ello coloca a la función judicial bajo importantes cargas justificativas, así como se debe resaltar la necesidad de un mayor acoplamiento estructural entre la esfera pública y el sistema judicial. Este ensayo solo pretende señalar algunos pasos necesarios con una mirada prospectiva.

¹⁸ Véase el caso estadounidense *Wisconsin v Yoder* a través de la influyente discusión contenida en Cover (1983, p. 26 y siguientes). Véase también su discusión en Macedo (1995).

¹⁹ Así ocurriría en el caso *Lautsi contra Italia* (Borowski, 2012).

²⁰ Así también, Garzón Valdés (2011).

Al menos en un primer momento, podríamos sostener que existen diferencias funcionales entre el tipo de argumentación que podemos encontrar en sede legislativa y judicial:

a. En sede parlamentaria: Es dable pensar en la *razonabilidad* o aceptabilidad en la toma de decisiones. Con ello, las argumentaciones con pretensión de corrección no quedan excluidas, pero parecería que no ocupan el lugar paradigmático en esta instancia. Esto se sigue de ver la formación de la voluntad política como operante dentro de un marco institucional (Habermas, 1996, p. 157). Lo contrario implicaría quizás una visión “sobredeterminada” de la política por el derecho y el poder judicial.²¹

b. En sede judicial: En las cortes se esgrime un tipo de argumentación con pretensión de corrección. En último análisis, podríamos sostener que es una pretensión de corrección en sentido fuerte ya que debemos predicar de ella un tipo binario de validez. Esto significa, en pocas palabras, que entre las posibles interpretaciones de las disposiciones normativas se escoje la mejor. Como resultado, la norma que representa la solución al caso y que es defendida en el proyecto de sentencia debe presentarse como la solución correcta y las otras, al menos en comparación, incorrectas.

Por lo que respecta al inciso a. solo me parece necesario incluir una breve nota aclaratoria. No debemos confundir la *razonabilidad* con un relajamiento de las exigencias normativas que podría imponer una visión debidamente deliberativa de la democracia. Aun al operar dentro de una concepción de la constitución como marco y de una pluralidad de perspectivas, sigue siendo importante mantener una orientación hacia el consenso. Esto, al menos en el sentido de presentar argumentos lo más correctos posibles, incluir a tantos como sea posible en la deliberación.

Por lo que respecta al inciso b. es necesario explicar el sentido de tal validez binaria para preguntarnos el papel del juez ante el pluralismo razonable. Como nota preliminar, debemos apuntar que también es cierto que existen arreglos institucionales que mitigan el carácter antimayoritario del control constitucional. Pensemos en los estándares que buscan combinar modelos de control constitucional en sentido sustantivo con parámetros más abocados al procedimiento. Este es el caso del control semiprocedimental,²² así como los modelos para ponderar competencias con base en los principios formales (Klatt 2015a; 2015b). Como puntos en común encontramos criterios de pesaje (que funcionan como cargas argumentativas) como la calidad y exhaustividad de la argumentación, la cercanía material al asunto, la inclusión en el debate, entre otros.

Así, en caso de juzgar deficiencias en el procedimiento deliberativo parlamentario y siempre que esto sea posible, sería dable encontrar mecanismos de reenvío o comunicación entre autoridades para proteger las distintas esferas competenciales.

²¹ Sobre este último punto, véase, entre otros, Böckenförde (1990), así como la discusión de la objeción de la “sobreconstitucionalización” en Alexy (2002).

²² Como se ha discutido en Bar-Siman-Tov (2012) especialmente en la página 274 y siguientes.

3.2 La tesis de la única respuesta correcta

Ahora bien, surge la pregunta si en realidad las decisiones de las cortes constitucionales implican una validez de tipo binario (esto es, correcto o incorrecto). De ser así, y según algunos autores, encontraríamos un profundo punto de contradicción respecto a los prospectos del pluralismo dentro del Estado (Rosenfeld, 2005). Cabe apuntar que, además, sostener la tesis de la única respuesta correcta va lejos de negar el distinto carácter (a nivel estructural o lógico si se quiere) de los principios jurídicos. Al contrario, a menudo se le ha defendido desde la teoría de los principios, aunque no sin matices e incluso con algunas ambivalencias. Veamos brevemente.

Es cierto que media distancia entre la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta y su recepción en Alexy. Como se sabe, Dworkin aducía en forma contrafáctica que un juez ideal (Hércules) llegaría a la (única) solución correcta para cada caso que se le presente. Una interpretación particularmente fuerte adscribiría tintes *ontológicos*, donde el juez solo encontraría los hechos normativos (morales y/o jurídicos) relevantes para resolver el caso.²³

La teoría de la argumentación jurídica expuesta por Robert Alexy recoge esta figura con matices relevantes que vienen dados por su recepción de la ética del discurso Habermasiana. Alexy sostiene que, aun en los *discursos ideales* (es decir, aquellos en los que sus participantes discutieran siguiendo las reglas del discurso bajo condiciones de sinceridad, completitud en la información, inclusión de todos los afectados, tiempo ilimitado, etc), existirían preguntas prácticas que admitirían una variedad de respuestas razonables y un conjunto de respuestas que sí converjan en modalizar determinada conducta necesariamente como obligatoria o prohibida.²⁴ Cabe decir que, para los fines de la justificación de la teoría de Alexy, es necesario que estas últimas preguntas, que encuentran una respuesta necesaria, sean preponderantes, creando una *base para la proporcionalidad* (Alexy, 2017, p. 47). Una cuestión abierta es determinar los estándares para tal predominancia.

Aun tras enfatizar que la teoría del discurso no implica llegar a una única respuesta correcta en un número de preguntas prácticas, Alexy sostiene que tal tesis (de la única respuesta correcta) es un presupuesto necesario del discurso. Pretender que la propia solución (del participante en el discurso) sea la correcta es lo que desde un inicio permite participar en él como una “empresa seria” (Alexy, 2007, p. 348). Según esta postura, sin este punto de orientación (es decir, si los participantes en el discurso no pretendieran demostrar la corrección de sus posturas) perdería sentido el intercambiar razonamientos.

Y, en el discurso de los jueces, que quizás huelgue recordar que son discursos reales con las limitaciones que de ello siguen (una conocida crítica a la aplicabilidad de la teoría del discurso a la práctica jurídica se basa en este punto),²⁵ también es necesario mantener la tesis de la única respuesta correcta como ideal regulativo. Para

²³ Ejemplos de esta interpretación se encuentran en Alexy (1988, p. 58) y Neumann (2004, pp. 37-39).

²⁴ Véase Alexy (1988, pp. 59 y ss.); Alexy (2017).

²⁵ Véase Neumann (1986, pp. 84 y ss.); Alexy (1999, pp. 376-7).

examinar este punto, que es el que más relevancia tiene para nuestra cuestión, veamos lo siguiente.

Es relevante el sentido en que Jan-Reinard Sieckmann ha levantado dudas sobre la necesidad y alcance de la pretensión de corrección. En resumen, Sieckmann (2007, p. 36) sostiene que tal pretensión puede significar distintos ordenes de fuerza, de mayor a menor: (i) verdad o exclusividad, al ser la única respuesta correcta; (ii) plausibilidad o inderrotabilidad, en el sentido de que no se pueda demostrar la falsedad del juicio; o (ii) el soporte por algún argumento, aun si este lo conociéramos como derrotable.

Philipp Siedenburg apunta que, en respuesta, Alexy (2007, p. 349) introduce cierta restricción en su teoría ²⁶ al enunciar lo siguiente: es suficiente que se actualice una pretensión de poseer razones sólidas (*claim to have sound reasons*) y no de poseer razones que garanticen (esto es, en forma absoluta) la corrección pretendida. Como lo señala Siedenburg (2016, p. 59), la pretensión de contar con razones sólidas nos apartaría de la lógica exclusiva o binaria de la tesis de la única respuesta correcta o corrección en el sentido fuerte. La pretensión de corrección en el sentido fuerte (contar con razones que garanticen la corrección de un juicio) implica necesariamente excluir otras respuestas al ser incorrectas. Por el contrario, si la pretensión de corrección se restringe a contar con sólidas razones, de ello no se sigue sin más excluir otras respuestas que bien pueden fundamentarse con razones igualmente sólidas.

3.3 Discrecionalidad judicial: ¿entre corrección y razonabilidad?

En este tenor, podríamos reformular nuestra pregunta en el siguiente sentido: ¿que las resoluciones judiciales presenten sus fundamentaciones *como si* fueran la única respuesta correcta al caso en cuestión es necesario o, por el contrario, contingente? Esta es una línea de investigación pendiente sobre la que solo apuntaría lo siguiente:

Existen buenos elementos para sostener que la función del juez constitucional y especialmente su posición y relaciones *institucionales* requieren una tesis de necesidad como respuesta. Además, el ámbito institucional fundamentaría el rol contrafáctico (i.e. el *como si*) de sostener una actitud que avale la tesis de la única respuesta correcta (Neumann, 2004; Schulz, 2007; Siedenburg, 2016). Esto quizás sea más evidente si tomamos en cuenta al ámbito pragmático-normativo en el que se realiza el control de constitucionalidad. Para revisar los actos de otras autoridades se vuelve necesario sostener que la perspectiva propia del juez constitucional o de control puede distinguir la solución correcta conforme al ordenamiento constitucional pues ello sería el parámetro indispensable para revisar la constitucionalidad (Schulz, 2007, p. 355).

²⁶ Lo cierto es que esto tocaría a introducir tal restricción de forma explícita. Desde trabajos anteriores podemos encontrar que Alexy (1988, p. 63) dejaba abierta la puerta a trazar una equivalencia entre el concepto de corrección discursiva relativa (opuesta a la corrección discursiva absoluta) y la razonabilidad, “afirmabilidad avalada” (*warranted assertibility*), entre otros.

Pero también es cierto que la tesis de la única respuesta correcta sirve como una especie de puente entre el discurso práctico del juez y aquel del público en general, que en virtud de ello le puede criticar por deficiencias en su argumentación:

se trata de la pregunta práctica sobre la controlabilidad de las decisiones oficiales y judiciales a través del poder judicial, pero también a través de la ciencia jurídica. Las pretensiones de verdad y corrección hacen que las decisiones judiciales sean susceptibles de crítica. Esto beneficia sobre todo al crítico sin poder institucional como lo serían los integrantes de la ciencia jurídica académica. Afirmar que se debe sostener el modelo de la única decisión correcta como 'ideal regulativo' no tiene como único objetivo a la situación práctica del administrador del derecho en lo individual, sino que toca a las condiciones prácticas del sistema jurídico en su conjunto (Neumann, 2004, pp. 10-11).

Ahora bien, y volviendo a la cuestión de la fundamentación en sede judicial ante situaciones de una posible pluralidad de respuestas razonables, surge la intuición de que nuestra cuestión empata aquí también con la de modelos de control constitucional que no pretenden ser exclusivamente sustantivos. En principio, es dable que los jueces den cuenta, aun dentro de la misma resolución, de la naturaleza cíclica de las justificaciones dentro del Estado constitucional.²⁷ Así, para el caso concreto se deberá establecer la respuesta correcta conforme al derecho vigente, pero nada impide (y probablemente podríamos hablar de una obligación) que se apunten cargas deliberativas en su caso para las futuras instancias del debate público.

4. Conclusión preliminar

La tolerancia es una virtud (y con ello, quizás más privada que pública) indispensable para la vida de un Estado constitucional. No obstante, su uso deviene insuficiente al nivel de la justificación pública. Ya que los derechos se exigen, no cabe hablar de tolerancia sino garantía y desarrollo al nivel de lo justo o de las razones públicas. Ahora bien, a menudo la protección de los derechos está envuelta en una serie de desacuerdos al nivel de fundamentación y justificación. A ellos abona las condiciones del pluralismo *razonable*. En este aspecto, hemos apuntados algunas formas en que el ejercicio de la discrecionalidad judicial es indispensable y señala pesadas cargas argumentativas, empatando las dimensiones sustantivas, procedimentales, absolutas y relativas de los derechos fundamentales. Aunque en forma prospectiva, podemos decir que es la reflexividad implicada en la pretensión de corrección lo que permitiría la (siempre necesaria) crítica y control democrático.

²⁷ Un modelo para dar cuenta de ello desde la teoría de los principios se encuentra en Azevedo Palu (2017, pp. 368-370; 2019).

5. Referencias

- Ackerman, B. (1991). *We the People 1: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University.
- Alexy, R. (1988). Problems of Discourse Theory. *Crítica: Revista hispanoamericana de filosofía*, 20(58), 43-65.
- Alexy, R. (1999). The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, 12(4), 374-384.
- Alexy, R. (2002). Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. En R. Alexy, Kunig, P, Heun, W, Hermes, G, Erbguth, W, Höfling, W/ Streinz, REpiney, A, (Eds.), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, (pp. 7-33), Berlín: De Gruyter.
- Alexy, R. (2007). Thirteen Replies. En G. Pavlakos (Ed.) *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 333-366). Oxford, Portland: Hart.
- Alexy, R. (2012). Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*, 25(1), 2-14.
- Alexy, R. (2017). The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(1), 31-47.
- Azevedo, G. A. (2017). Grundrechte, Demokratie und Formelle Prinzipien, *Ius Gentium*, 8(2), 362-407.
- Barkey, K. (2018). The Ottomans and Toleration. En V. A. Spencer (Ed.), *Toleration in Comparative Perspective* (pp. 81-98). Lanham: Lexington Books.
- Bar-Siman-Tov, I. (2012). Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, 6(3), 271-300.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turín: Einaudi.
- Böckenförde, E. W. (1990). Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, 29(1), 1-31.
- Borowski, M. (2012). ¿Qué significa un crucifijo? En: *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*. Zaragoza: Fundación Giménez Abad.
- Casanova, J. (2008). The Problem of Religion and the Anxieties of European Secular Democracy. En T. A. Byrnes y P. J. Katzenstein (Eds.), *Religion and Democracy in Contemporary Europe*, (pp. 63-74), Londres: Alliance Publishing Trust.
- Casanova, J. (2018). Parallel Reformations in Latin America: A Critical Review of David Martin's Interpretation of the Pentecostal Revolution. En H. Joas (Ed.), *David Martin and the Sociology of Religion* (pp. 85-106). Londres: Routledge.
- Cohen, A. J. (2004). What Toleration Is. *Ethics*, 115(1), 68-95.
- Cover, R. M. (1983). Foreword: Nomos and narrative. *Harvard Law Review*, 97, 4-68.
- Duve, T. (2017). Was ist ›Multinormativität‹?: Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25, 88-101.

- Ferrara, A. (2019). Social freedom and reasonable pluralism: Reflections on *Freedom's Right*. *Philosophy & Social Criticism*, 20(10), 1-8.
- Ferrari, M. A. (1998). Le ragioni della tolleranza. Riflessioni sul pensiero di Norberto Bobbio. *Acta Philosophica*, 7(2), 299-322.
- Forst, R. (2017). Political Liberalism: A Kantian View. *Ethics*, 128(1), 123-144.
- Garzón, E. (2011). El sentido actual de la tolerancia. En E. Garzón Valdés, *Propuestas*. Madrid: Trotta.(pp.10 -19)
- Goldmann, M. (2016). Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 119-135.
- González, R. (2015a). Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 15-54.
- González, R. (2015b). Universalismo generalista y particularismo moderado. Réplica a mis críticos. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 115-144.
- Greenberg, M. (2014). The Moral Impact Theory of Law. *Yale Law Journal*, 123, 1288-1342.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Habermas, J. (1981). *The Theory of Communicative Action vol 1: Reason and the Rationalization of Society*. (Trd. T. McCarthy). Boston: Beacon Press.
- Habermas, J. (1996 [1992]). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Trd. W. Rehg). Massachusetts: MIT Press.
- Habermas, J. (2005). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *Journal of Political Philosophy*, 13(1), 1-28.
- Jaspers, Karl (1949). *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte* (1st ed.). München: Piper Verlag.
- Jones, P. (2013). Moral Rights, Human Rights and Social Recognition. *Political Studies*, 61(2), 267-281.
- Klabbers, J. y Palombella, G. (Eds.). (2019). *The Challenge of Inter-legality*. Cambridge University Press.
- Klatt, M. (2015a). Positive rights: Who decides? Judicial review in Balance. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 354-382.
- Klatt, M. (2015b). Balancing competences: How Institutional Cosmopolitanism can Manage Jurisdictional Conflicts. *Global Constitutionalism*, 4(2), 195-226.
- Kölbel, M. (2004). III—Faultless disagreement. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 104(1), 3-73.
- Ladeur, K-H. y Augsberg, I. (2009). Der Buchstaben tödtet, aber der Geist machet lebendig“? Zur Bedeutung des Gesetzesverständnisses der jüdischen Tradition für eine postmoderne Rechtstheorie. *Rechtstheorie*, 40, 431-471.

- Landemore, H. (2017). Beyond the fact of disagreement? The epistemic turn in deliberative democracy. *Social Epistemology*, 31(3), 277-295.
- Lizárraga, F. A. (2015). Tolerancia, modus vivendi y consenso en el liberalismo rawlsiano. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 73-97.
- Macedo, S. (1995). Liberal Civic Education and Religious Fundamentalism: The Case of God v. John Rawls? *Ethics*, 105(3), 468-496.
- Müller, J.-W. (2018). Rawls in Germany. *European Journal of Political Theory*, 1(2), 163-179.
- Neumann, U. (1986). *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Neumann, U. (2004). *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*. Baden-Baden: Nomos.
- Perju, V. (2012). Proportionality and Freedom: An Essay on Method in Constitutional Law. *Global Constitutionalism*, 1(2), 334-367.
- Pirni, A. (2018). *La sfida della convivenza: Per un'etica interculturale*. Pisa: Edizioni ETS.
- Queloz, M. (2018). How Genealogies can affect the Space of Reasons. *Synthese*, 1-23.
- Rasmussen, D.M. (2013). Defending Reasonability. The Centrality of Reasonability in the Later Rawls. *Philosophy & Social Criticism*, 30(5-6), 525-540.
- Rasmussen, D. M. (2017). From the Moral to the Political: The Question of Political Legitimacy in Non-Western Societies. *Philosophy & Social Criticism*, 43(4-5), 430-441.
- Rawls, J. (1989). The Domain of the Political and Overlapping Consensus. *New York University Law Review*, 64(2), 233-255.
- Rawls, J. (1996 [1993]). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999 [1971]). *A Theory of Justice* (edición revisada). Cambridge: Harvard University Press.
- Rorty, R. (1991). The Priority of Democracy to Philosophy. En R. Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers*, (pp. 175-196). Cambridge: Cambridge University Press.
- Rosenfeld, M. (2005). Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue Internationale de philosophie*, 233(3), 363-392.
- Sartori, G. (1997). Understanding Pluralism. *Journal of Democracy*, 8(4), 58-69.
- Schulz, L. (2007). Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 353-361.
- Sieckmann, J.-R. (2007). Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy. En G. Pavlakos (Ed.) *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 189-206). Oxford, Portland: Hart.
- Siedenburg, P. (2016). *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung: Zur Argumentationsfigur der einzig Entscheidung*. Baden-Baden: Nomos.

- Steinbock, U. (2009). *The Philosophy of Jürgen Habermas: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone, A. y Matthews, J. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 72-164.
- Tamanaha, B. Z. (1993). The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 20(2), 192-217.
- Zagrebelsky, G. (2007 [1992]). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trd. M. Gascón, 7ª ed.). Madrid: Trotta.
- Zambrano, J. P. (2012). ¿Que moral para un derecho intercultural? La autonomía y el concepto “simpliciter” de tolerancia. *Trans/Form/Ação*, 35(3), 221-230.