

**MONOGRÁFICO**  
**COLOMBIA: DESAFÍOS Y POSIBILIDADES DE UNA NACIÓN**  
**EN CONSTRUCCIÓN**

(Coordinado por Leonardo García Jaramillo,  
EAFIT, Colombia)

## Constitucionalismo aspiracional

Mauricio García Villegas

Universidad Nacional de Colombia (Bogotá)

Université Pierre Mendès (Francia)

Recibido: 16-12-12

Aprobado: 11-02-13

---

### Resumen

Dentro de las principales características que transversalizan los distintos procesos de renovación constitucional que se han realizado en América Latina, fundamentalmente durante las últimas dos décadas, se encuentra el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional. Este tipo de constitucionalismo articula las nociones de constitución y progreso; prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. En este artículo se propone y sustenta dicha categoría de análisis jurídico-político.

**Palabras-clave:** Colombia, América Latina, constitucionalismo democrático, constitucionalismo aspiracional.

### Abstract

Law as hope is an idea which embraces one of the mains features of several constitutional renewal processes developed in Latin America in the last two decades. Latin American constitutionalism bring about the conception conforms to law is a system of social regulation but also an instrument or device to improve the social conditions of the worst-off in the society. This notion of constitutionalism

flourishes principally in contexts of profound social and economic inequalities, just as Colombia and all the countries in Latin America. In this article is proposed and analyzed a juridical and political category for those interested in acquire a better understanding of Latin American constitutionalism.

**Key-words:** Colombia, Latin America, Democratic Constitutionalism, Law as hope.

## Introducción

En el derecho suponemos que existen normas y que ellas garantizan que las cosas sucedan de cierta manera. Esa garantía significa que contamos con algunos funcionarios, por ejemplo jueces, encargados de hacer cumplir lo que las normas dicen. Si una norma establece una cosa y nadie la cumple, ni nadie la puede hacer cumplir, esa norma simplemente no existe. En el mundo de la política, en cambio, es hasta cierto punto normal que las cosas no suceden de la manera como fueron previstas. La política es el reino de las propuestas y de las promesas y vemos como algo normal que sólo una parte de ellas se convierta en realidad. Esto no quiere decir que los políticos puedan hacer promesas a su antojo; sólo que, por la naturaleza del oficio político, existe una cierta tolerancia de parte de los electores en el control de la realización de dichas promesas. La política es una práctica que mira hacia el futuro y que intenta atraparlo y determinarlo pero no siempre puede hacerlo y así se suele aceptar, aunque muchas veces a regañadientes. El derecho en cambio mira hacia el presente e intenta determinarlo a través de procedimientos claros y previstos de antemano que pueden ser controlados y confrontados con los hechos.

Pero la distinción entre derecho y política no es tan clara como parece. No siempre el derecho prescribe lo que debe ser en el presente y no siempre la política es una promesa incierta hacia el futuro. Así por ejemplo, en política, no sólo la pérdida de las elecciones es una especie de sanción para los políticos temerarios que se parece a las sanciones del derecho, sino que en algunos países existe la revocatoria del mandato de los gobernantes que desconocen lo prometido en sus campañas, lo cual significa que los programas políticos funcionan casi como normas jurídicas que pueden ser garantizadas si no se cumplen. De otra parte, en el derecho las cosas tampoco son tan claras como parecen. Con frecuencia las normas son susceptibles de varias interpretaciones y son los jueces y los funcionarios públicos los que terminan decidiendo, políticamente, cuál interpretación vale y cuál no<sup>1</sup>. Además el derecho no siempre está compuesto

<sup>1</sup> De hecho, las denominadas “teorías críticas del derecho” sostienen que verdadera naturaleza del derecho es política y que ello se manifiesta en el hecho de que los jueces, en los casos difíciles – que son por lo general los casos más trascendentes – primero toman una decisión política y luego la justifican jurídicamente. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Harvard University Press,

por normas provistas de sanciones. Con frecuencia contiene sólo principios y orientaciones generales cuya fuerza impositiva es muy precaria.

En el derecho constitucional es particularmente evidente la ambigüedad entre una mirada discursiva hacia el presente y una que lo hace hacia el futuro, es decir la ambigüedad entre el discurso jurídico y el discurso político. Eso ocurre sobre todo en un tipo particular de constitución cuyo fin es conseguir el progreso social y el futuro mejor para la sociedad. Son constituciones que miran hacia el futuro y prescriben lo que se debe conseguir con el paso de los años, no lo que debe ser en la actualidad. Así por ejemplo, el párrafo segundo del artículo tercero de la constitución italiana dice lo siguiente: “Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”<sup>2</sup>. ¿Qué es esto, una norma jurídica o una promesa política?

Ejemplos de normas similares pueden encontrarse en el constitucionalismo indio<sup>3</sup>, en el surafricano<sup>4</sup> y en el constitucionalismo colombiano, donde se suele pensar que el destino de la sociedad depende de que se tengan buenas constituciones. La Constitución de 1991 contiene un catálogo de ilusiones acerca de la sociedad mejor y más justa, que se quiere en el futuro. Sobresale la generosidad de la carta de derechos, el reconocimiento de las diferencias y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de la sociedad. Con frecuencia la Constitución ha constituido un símbolo político destinado a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que normas jurídicas destinadas a limitar el poder o a consagrar derechos. Si bien este no es un fenómeno nuevo, en las últimas décadas parece haberse acentuado, en lo cual intervino la doble reacción contra los regímenes militares y contra las políticas de ajuste económico de corte neoliberal.

No obstante, esta manera de vincular constitución y progreso social no existe en todos los países. Más aún, en la historia del constitucionalismo esta idea resulta relativamente escasa<sup>5</sup>. Es más frecuente la concepción según la cual el

---

1997. Mark Tushnet, “An Essay on Rights”, en: *Texas Law Review* 62 (4), 1984.

<sup>2</sup> Algo parecido puede verse en la Constitución de Weimar de 1919 (capítulo V) o en la constitución española de 1931 (capítulo II del Título III), en la constitución rusa de 1917 y en la constitución mejicana de 1918.

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, Malcolm Langford (ed.) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Charles Sabel – Simon William, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds” en. *Harvard Law Review* 117 (1016), 2004.

<sup>4</sup> Ver, Sandra Fredman, “Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties”, en: *Oxford Legal Studies Research Paper* 38, 2006. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt’s Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York, Basic Books, 2004.

<sup>5</sup> Ulrich K. Preuss, *Constitutional Revolution: The Link Between Constitutionalism and Progress*. New Jersey, Humanities Press, 1995.

objeto esencial de las constituciones consiste en impedir que existan abusos del poder y que de esta manera se preserven los derechos de las personas. Desde este punto de vista una constitución es un documento legal que protege los derechos de las personas que se consideran previos a la constitución misma<sup>6</sup>. La perspectiva colombiana está más de acuerdo con la idea de un documento político fundacional a partir del cual se crea la sociedad y que nos conecta con el futuro. En el primer caso la constitución conserva lo que se logró en una revolución previa, en el segundo la constitución es algo así como una revolución en acto.

Estas dos concepciones no son nuevas. Fueron debatidas al inicio de la Revolución Francesa<sup>7</sup>. De un lado estaban quienes consideraban que la constitución respondía a un tipo de esencia –de alma política– de la sociedad; una esencia que habría existido desde los orígenes de Francia. Según ellos, en tiempos de crisis –como los que en 1789 vivía Francia– bastaba con ajustar la constitución existente a los tiempos presentes<sup>8</sup>. Los delegados *monarquistas* fueron los que más simpatizaron con esta concepción, la cual estaba inspirada en la obra de Aristóteles retomada luego por Montesquieu y de los juristas ingleses del siglo XVIII, para los cuales la constitución derivaba de la esencia histórica de los pueblos<sup>9</sup>.

De otro lado estaban los llamados *patriotas*, quienes estimaban que la constitución sólo podía ser la expresión de la voluntad política del pueblo. La instauración de una constitución era para ellos un acto voluntario que creaba una nueva realidad social, de tal manera que se suprimía todo lazo o condición con el pasado. Esta visión reivindica el valor de la voluntad política (*Voluntad General*) en contra de toda concepción ligada a la historia y el pasado de la sociedad. Quizás el representante más conspicuo de esta concepción sea Jean Jacques Rousseau, seguido, en alguna medida, no solo por Emanuel Sieyès y la mayoría de los líderes de 1789, sino también por autores tan diversos como Karl Marx y Carl Schmitt.

Usaré la expresión *constitucionalismo aspiracional* para referirme a la concepción que liga constitución con progreso y que puede ser rastreada a partir de Rousseau y del movimiento jacobino en la Revolución Francesa. Para referirme a la concepción que asocia constitución con limitación del poder y protección del *statu quo*, en cambio, usaré la expresión *constitucionalismo preservador*. La distinción tiene un carácter más analítico que descriptivo<sup>10</sup>. En

<sup>6</sup> Al respecto véase, John Locke, *The second treatise of civil government and A letter Concerning Toleration*. Oxford, B. Blackwell, 1946.

<sup>7</sup> Michael Baker, “Constitution”, en: François Furet – Mona Ozouf (eds.) *Dictionnaire Critique de la Révolution Française: Institutions et Créations*. Paris: Flammarion, 1992, p. 181.

<sup>8</sup> Algo de esta concepción inspiró el célebre *Serment du Jeu de Paume*, del 20 de Junio, en donde los delegados del Tercer Estado juraron no descansar hasta haber ajustado – *avoir fixé*– un nuevo texto constitucional para Francia.

<sup>9</sup> Montesquieu, en *Del Espíritu de las Leyes*, sostiene que cada pueblo posee su alma y su esencia y que el derecho no debe desatender esto. “Las leyes, es su sentido más amplio son relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido, todos los seres tienen sus leyes”. Charles Louis Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid, Tecnos, 1972, Volume I, Chapter 1.

<sup>10</sup> Se trata entonces de tipos ideales. Hecha esta advertencia la constitución francesa de 1793 puede

la práctica, casi todas las constituciones se mueven en esta frontera difusa entre el derecho y la política o, si se quiere, entre el aseguramiento del presente y la promesa del futuro. Existe todo un espectro de constituciones posibles ubicadas entre aquéllas con una estructura discursiva más cercana al mundo de lo político y aquéllas con una estructura discursiva más afín a lo jurídico. No solo eso, en una misma constitución suele haber normas de ambos tipos; unas que se parecen más al discurso político y otras que se parecen más al discurso jurídico.

En segundo lugar, hay que advertir que esta distinción es propia de un punto de vista externo, o sociológico, del derecho constitucional. El punto de vista interno propio de la dogmática constitucional, tiende, como es natural, a no ver en las constituciones más que normas jurídicas. Sin embargo, aquí también hay debate entre los jueces y abogados. Algunos estiman que todo lo que está en las constituciones tiene fuerza normativa y por lo tanto no hay normas que puedan ser consideradas como simples aspiraciones políticas. Otros, en cambio, consideran que las constituciones que se empeñan en lograr el progreso social a través de principios y derechos sociales, por lo menos en ese aspecto, son simple retórica política y que deben ser desatendidas por los jueces<sup>11</sup>. Además, la distinción entre reglas y principios (siendo las primeras normas de aplicación inmediata y los segundos normas de aplicación mediata o ponderada) muestra que la misma dogmática tiene en cuenta diferentes grados de fuerza normativa.

Por último, es necesario señalar que no todas las constituciones aspiracionales actuales se nutren de la tradición roussoniana, o francesa, del constitucionalismo. Más aun, las constituciones aspiracionales que dependen, para su efectividad, de la intervención de los jueces se alimentan sobre todo de la tradición constitucional anglosajona de activismo judicial y de control contra-mayoritario.

---

ser un buen ejemplo de constitucionalismo aspiracional, mientras que la constitución colombiana de 1886 puede ser una manifestación del constitucionalismo preservador. La revolución de independencia y la constitución de los Estados Unidos suscitan debate. Según algunos, la constitución parece haber adoptado una tercera manera de resolver esta tensión. Aquí, los dos elementos en conflicto, protección y voluntad política se confunden. La constitución es un intento de todo un pueblo por fundar un *nuevo* cuerpo político (Hannah Arendt, *On Revolution*. New York, Viking Press, 1963, p. 143), pero, una vez promulgada, la voluntad política resulta de inmediato atada a lo establecido en la Constitución. Es por eso que – según Bruce Ackerman – es importante hacer la diferencia entre el origen de la constitución, donde la soberanía popular se ejerce, y el ejercicio ordinario de la política, cuando la voluntad popular se retira en beneficio de la constitución Bruce Ackerman, *The future of Liberal Revolution*. New Haven: Yale University Press, 1992. Según otros, en cambio, la constitución de los Estados Unidos – a pesar de la política fundacional que la inspiró – podría igualmente ser una expresión del constitucionalismo preservador. Según Bernard Bailyn, “[e]l objetivo primordial de la Revolución Americana... no consistió en la abolición del orden social existente, ni siquiera en la introducción de cambios a este orden, sino en la preservación de las libertades políticas (...)”. Bernard Bailyn, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*. Buenos Aires: Paidós, 1972, p. 32.

<sup>11</sup> Al respecto véase Robert Bork, “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, en: *San Diego Law Review* 23, 1986. Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988. Otfried Hoffe, “Social Rights as Opposed to the Minimal State: A Philosophical Exploration”, en: *Labour and Society* 8 (2), 1983, pp. 179-194.

## El constitucionalismo aspiracional y sus críticos

### Caracterización

Dada la importancia que tiene el constitucionalismo aspiracional en Colombia y en general en América Latina, me concentraré en su caracterización. En primer lugar, este constitucionalismo prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Un buen ejemplo de esto fueron las primeras dos constituciones de la Revolución Francesa (1791 y 1793), cuyo contenido fue, en buena parte, impulsado por las condiciones de pobreza y la esperanza en el cambio social. Son estas las condiciones que suelen predominar en los países periféricos y semiperiféricos<sup>12</sup>. El constitucionalismo preservador, en cambio suele prosperar en contextos sociales y políticos en los cuales han sido garantizadas condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional. Desde luego los casos intermedios no están excluidos, toda vez que constituciones preservadoras pueden surgir en los países periféricos<sup>13</sup>.

En segundo lugar, el constitucionalismo aspiracional busca la efectividad fáctica, y no sólo jurídica, de sus normas. Jurídicamente este carácter se revela en el hecho de que las normas que consagran sus principios, valores y derechos sociales no son consideradas como meras formulaciones retóricas, sino como normas llamadas a tener efectos inmediatos. Para garantizar esta efectividad las constituciones aspiracionales contemplan dos vías posibles: 1) la movilización política de las fuerzas que dieron origen a la constitución, con su debida manifestación en los órganos colegiados, y 2) el control judicial de las leyes y de los actos administrativos con el objeto de exigir que los representantes de las mayorías políticas hagan efectivos los principios y los derechos consagrados en la constitución. Como se puede ver, estas dos vías no son complementarias; más aún, en la práctica suelen resultar excluyentes, como mostraré en la segunda parte de este ensayo.

En tercer lugar, la ambivalencia entre lo político y lo jurídico que caracteriza el constitucionalismo aspiracional conlleva tensiones institucionales importantes entre las mayorías políticas y los órganos judiciales. La pretensión judicial de

<sup>12</sup> Cass Sunstein sostiene que hay dos tipos de constitucionalismo: uno proveniente del Norte y de Occidente y otro del Sur y del Este del mundo (Cass Sunstein, "The negative constitution", en Irwin P. Stotzky (ed.) *Transition to Democracy in Latin America*. Boulder: Westview Press, 1993). Otra manera de ver esta diferencia es sugerida por Teitel cuando sostiene que "[e]n su función social ordinaria el derecho proporciona orden y estabilidad, pero en períodos extraordinarios de convulsión social el derecho mantiene el orden y permite la transformación social". Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", en: *The Yale Law Journal* 106 (7), 1997, p. 214.

<sup>13</sup> La constitución colombiana de 1886 puede ser un ejemplo del primer caso como son muchas constituciones destinadas a mantener una élite política que gobierna a espaldas de las grandes necesidades nacionales.

hacer efectivos los derechos consagrados en la constitución acarrea conflictos institucionales importantes entre las ramas del poder público y, particularmente, entre las instancias de representación democrática y encargadas de definir y aplicar los presupuestos públicos, por un lado, y los jueces encargados de proteger los derechos sociales consagrados en el texto constitucional, por el otro.

En cuarto lugar, estas constituciones requieren de algo más que su simple desarrollo legal o jurisprudencial para ser efectivas. Requieren de al menos dos fuentes adicionales de apoyo, localizadas por fuera de la burocracia institucional. La primera de ellas es el compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva. Parafraseando a Donald Kommers, podríamos decir que se necesita un “constitucionalismo militante” con claros apoyos políticos por fuera del aparato institucional. Sólo de esta manera las constituciones y las cortes constitucionales que promueven su aplicación efectiva pueden hacer frente con éxito a las tensiones internas que amenazan con frenar los impulsos de cambio social e institucional que ponen en marcha estas constituciones. Sin estos soportes políticos la constitución y las cortes pueden ser neutralizadas por mayorías políticas reacias al cambio o ser objeto de reformas conservadoras que eliminen toda esperanza de cambio a través de la constitución. Dicho en otros términos, esto significa que las constituciones aspiracionales logran cambios sociales en la medida en que dichos cambios estén impulsados, si no por una revolución previa, por lo menos por un gran movimiento social y político que acompañe y exija el desarrollo de los postulados constitucionales. En segundo lugar, estas constituciones necesitan de la consolidación de una nueva cultura jurídica sobre la protección de los derechos que no sólo transforme la educación legal en las facultades de derecho, sino que imponga una nueva dogmática jurídica y unos nuevos parámetros interpretativos, de tal manera que se modifique la visión tradicional que se tiene de los derechos y de su aplicación.

### ***Los críticos***

Una vez hecha esta caracterización, ahora me ocupo del debate que suscitan estas constituciones. Ellas no solamente enfrentan dificultades derivadas de los conflictos interinstitucionales que propician (entre el poder ejecutivo y legislativo de un lado y el poder judicial, del otro); también enfrentan fuertes críticas políticas y académicas. En lo que sigue intento clasificar esas críticas según la postura política que adoptan (conservadora o progresista) y según la posición disciplinaria desde la cual hablan (derecho o política).

A partir de una perspectiva conservadora es posible identificar dos personajes críticos, a los cuales denominaré *constitucionalista legalista* y

*economista desconfiado*<sup>14</sup>. El primero de ellos (constitucionalista legalista) defiende una noción minimalista de constitución, según la cual solamente debe entenderse por tal un conjunto de normas (reglas) consagradas en su parte orgánica y excepcionalmente en la parte dogmática. Los principios y los derechos, según esta visión, solo tienen valor normativo en la medida en que son plasmados en leyes de obligatorio e inmediato cumplimiento<sup>15</sup>. Mientras eso no ocurra, son promesas o programas de acción hacia el futuro. Esta era la concepción dominante en Colombia hasta la promulgación de la Constitución de 1991. Tan evidente era la irrelevancia de la Carta de Derechos de la Constitución de 1886 que el legislador ordenó reproducir su contenido al inicio del Código Civil, para que tuviera al menos una eficacia simbólica.

Desde este punto de vista (que por lo general se alimenta en las fuentes del formalismo y del positivismo jurídico latinoamericanos), las constituciones aspiracionales, con sus metas ambiciosas y sus formulaciones generosas de derechos —especialmente de derechos sociales—, van demasiado lejos en su contenido y alcance y terminan regulando asuntos que deberían estar reservados a la competencia del legislador. Esto no solamente es problemático por los conflictos interinstitucionales que podrían surgir entre los actores políticos y los jueces constitucionales, sino también por el déficit de democracia que podría producir el hecho de que los jueces colonicen asuntos políticos y económicos. Así pues, el constitucionalista legalista considera que las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales deberían ser interpretados de la forma más restrictiva posible, esto es, no como normas legales directamente aplicables, sino como promesas políticas y como principios orientadores, los cuales solamente podrían materializarse cuando los órganos políticos consideren conveniente desarrollarlos.

El segundo personaje, el *economista desconfiado*, defiende la importancia de interpretar las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales de la forma más restrictiva posible, pero lo hace por razones diferentes. Inspirado en teorías económicas del derecho<sup>16</sup>, este personaje no tiene fe en el constitucionalismo, entendido como un mecanismo eficiente para regular la vida

<sup>14</sup> Una primera versión de esta clasificación fue publicada en Saffón y García Villegas (vid. nota 33).

<sup>15</sup> En Colombia, esta era la posición de los constitucionalistas clásicos que interpretaban la Constitución de 1886; entre ellos Sáchica, Naranjo Mesa; un exponente contemporáneo de esta tendencia en Colombia es Javier Tamayo Jaramillo. Buena parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia adoptaba esta posición en relación con la parte dogmática de la Constitución de 1886.

<sup>16</sup> Principalmente, en la escuela *Law & Economics*, sobre la cual pueden consultarse los trabajos de Coase, Calabresi y Posner 1977, así como en la corriente económica neo-institucionalista, respecto de la cual sobrepasa el trabajo de North. En Colombia, ver por ejemplo las posiciones de Sergio Clavijo, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*. Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001. Alberto Carrasquilla, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, en: *Revista de Derecho Público* 12, 2001. En algunos escritos Salomón Kalmanovitz, tal como: *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma, 2001.



social, a menos que éste se encuentre subordinado a la economía, específicamente a los principios de eficiencia del mercado y de maximización de la riqueza<sup>17</sup>. Desde su punto de vista, las constituciones aspiracionales son cualquier cosa menos constituciones eficientes: el hecho de que consagren derechos sociales como normas jurídicas de aplicación inmediata supone una competencia indeseada (de recursos y de energía institucional) con los derechos civiles —en particular para los derechos de propiedad— de tal manera que los termina volviendo inciertos, implica interferencias al funcionamiento del libre mercado y crea obstáculos para el desarrollo económico. Así las cosas, las constituciones aspiracionales deberían ser interpretadas restrictivamente y del desarrollo de sus metas debería encomendarse a los actores políticos, los cuales son más sensibles a las restricciones económicas que los jueces constitucionales<sup>18</sup>.

Pero no todos los críticos de las constituciones aspiracionales son conservadores; también hay progresistas que critican estas constituciones, pero no por sus metas ambiciosas o por el contenido demasiado generoso de sus derechos, sino justamente por lo contrario. Desde su punto de vista, estas constituciones no son capaces de garantizar la protección de los derechos y la transformación social que prometen. Aquí también es posible identificar dos personajes: el *constitucionalista intransigente* y el *utopista desilusionado*. El primero habla desde el derecho y el segundo desde la política.

El *constitucionalista intransigente* estima que los principios y los derechos que consagra la constitución son normas jurídicas de aplicación inmediata y por lo tanto no son negociables. El hecho de que sean normas difíciles de aplicar (costosas) no afecta, según ellos, a su carácter normativo y perentorio. Siendo así, es la realidad económica la que debe adaptarse al texto constitucional, y no al contrario. El constitucionalista intransigente está de acuerdo con el contenido de la constitución aspiracional (al menos la recién promulgada), pero se aparta de ella y del tribunal constitucional que la interpreta cuando observa cómo este tribunal, al buscar un equilibrio entre la protección de los derechos sociales y las necesidades económicas, desconoce el carácter perentorio de las normas que establecen derechos. Según él, las consideraciones políticas o económicas son irrelevantes en la interpretación judicial y la efectividad de estos derechos es un imperativo constitucional que debe cumplirse a pesar de las dificultades que ello suponga<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La primera generación de *Law & Economics* adoptó estos postulados; sin embargo, actualmente éstos son muy criticados por muchos de sus adeptos. Además, aunque la mayoría de ellos considera que el análisis del derecho en términos de eficiencia todavía es útil para evaluar la forma en la que los jueces deberían decidir, no creen que la eficiencia será el factor más importante para evaluar el derecho. Véase por ejemplo, Thomas Ulen, “Law and Economics: Settled Issues and Open Questions”, en: *Law and Economics* 210, 1989.

<sup>18</sup> Clavijo y Carrasquilla son representantes de esta postura en el caso colombiano.

<sup>19</sup> Un ejemplo de esta postura podría verse en los salvamentos de voto del magistrado de la Corte Constitucional colombiana Jaime Araujo. En menor medida, podrían caber aquí también algunos salvamentos del magistrado Alfredo Beltrán Sierra. Por fuera del mundo judicial, esta posición aparece a veces en algunos grupos defensores de derechos humanos. Así por ejemplo Gustavo Gallón

El *utopista desilusionado*, como el personaje anterior, también está, en principio, de acuerdo con el contenido de la constitución aspiracional; sin embargo, a diferencia del anterior, desconfía de la capacidad del derecho para llevar a cabo transformaciones sociales y por eso, al ver que la constitución no cumple con las promesas de cambio social, de justicia e igualdad que prometió, no sólo le quita su apoyo, sino que termina por convencerse de que ella es el fruto de una estrategia de engaño por parte de las élites dominantes. A su juicio, las constituciones aspiracionales, con su lenguaje generoso e incluyente, sirven más al poder para legitimar el *statu quo* que a los ciudadanos para proteger sus derechos<sup>20</sup>.

### **La crítica a los críticos**

Aunque todas las perspectivas mencionadas anteriormente tienen orientaciones políticas distintas y sus argumentos son diferentes, tienen en común el hecho de que comparten la misma postura metodológica: una concepción instrumentalista de la relación entre el derecho y el cambio social. Esto significa que todas creen que los textos constitucionales son instrumentos o herramientas que operan sobre una realidad externa<sup>21</sup>.

En teoría social el instrumentalismo<sup>22</sup> se basa en la idea de que las instituciones son externas a su contexto y pueden actuar en ellos como si fueran entidades causales. Esta creencia ha sido criticada por las posturas constructivistas (o constitutivistas). En contraste con el instrumentalismo, el constructivismo entiende esta relación no de forma causal, sino como una relación de incidencia recíproca en donde ninguno de los dos elementos es puro o totalmente externo o independiente del otro. Las instituciones dependen de los contextos sociales tanto como éstos dependen de aquéllas. Dicho en otros términos, las instituciones no son como las herramientas que operan en una realidad que les es externa, sino como las plantas, que mantienen una relación de recíproca incidencia con el ambiente (suelo, altitud, humedad relativa, etc.) en el cual crecen<sup>23</sup>.

---

(2011) – director de la Comisión Colombiana de Juristas - parecería defender este punto de vista cuando afirma que, “Limitar la eficacia de las decisiones de las altas cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales oponiéndolas a la sostenibilidad fiscal es ingenioso y puede ser hasta perverso, porque da la apariencia no de una negación de derechos sino de una ponderación entre dos derechos constitucionales: el derecho de un individuo o de un grupo a su bienestar, y el derecho de toda la sociedad a tener unas finanzas sanas. Es un sofisma refinado”. (2011).

<sup>20</sup> Esta es la posición de algunos *Critical Legal Studies* radicales, en los Estados Unidos.

<sup>21</sup> Para una crítica al instrumentalismo, véase Austin Sarat, “The pull of the Policy Audience”, en: *Law and Policy*, 10, 1988..

<sup>22</sup> Para los orígenes del constructivismo en la teoría de la acción social, véase Berger y Luckmann (1967). Berger y Luckmann (1967), así: Berger y Luckmann, *The Social Construction of Reality*, New York: Anchor Books, 1966.

<sup>23</sup> Al respecto ver Peter Evans, (2007) quien critica el fenómeno del *monocultivo institucional*, es

Lo dicho para las instituciones vale para el derecho. Las constituciones no son instrumentos *toutes faites*, que inciden en una sociedad externa a ellas mismas<sup>24</sup>. Las constituciones son sobre todo material simbólico que opera en un campo jurídico en el que diferentes fuerzas sociales y políticas luchan por la apropiación del sentido de los textos. El hecho de que las constituciones sean material simbólico no significa que la racionalidad jurídica carezca de importancia, ni mucho menos que lo simbólico no tenga efectos materiales. Significa, por el contrario, que la realidad del derecho es una realidad comunicacional y en disputa, en donde participan diferentes tipos de actores dotados de capitales diferentes (técnico-jurídico; social, económico, etc.) y desiguales en términos de poder<sup>25</sup>. Por eso mismo la suerte de las constituciones no está echada de antemano. Lo que una constitución es, lo que vale, depende del contexto y de la lucha por la apropiación del sentido que se libra en ese contexto.

Dado que la constitución es una constitución-en-acto, el texto promulgado es solo un primer paso, importante desde luego, pero sólo un primer paso en la tarea de hacer efectivos esos derechos. Como lo ha mostrado Charles R. Epp, la llamada revolución de los derechos en los Estados Unidos (durante la época del *Civil Rights Movement*) y en otros países como Canadá e India, se explica por la existencia de una serie de causas jurídicas, sociales y políticas que operan durante la vida de una constitución (1998). Entre estas causas están las siguientes: la existencia de cláusulas constitucionales progresistas que consagran esos derechos; jueces en las cortes constitucionales dispuestos a aplicar esos derechos; una cultura favorable a la protección de tales derechos y una estructura social de apoyo –abogados, instituciones, financiamiento– destinada a la movilización legal de grupos y ciudadanos. Dicho en los términos que vengo utilizando en este ensayo: sin el conjunto de estos factores (normas, jueces, cultura y movilización social) los derechos y las constituciones aspiracionales se quedan en el papel, no se construyen. Una valoración sociopolítica de una constitución que se quede en el análisis de sus textos (como lo hacen algunos de los críticos que he mencionado arriba) es, a mi juicio, una evaluación incompleta<sup>26</sup>.

---

decir la tendencia dominante que consiste en transplantar instituciones que funcionan bien en algún lugar a otros lugar sin tener en cuenta el contexto en el cual se implantan.

<sup>24</sup> Durante mucho tiempo, esta creencia fue muy importante en la sociología jurídica. En los sesentas fue apoyada fuertemente por los miembros del movimiento *Law and Development*, quienes veían en el derecho un motor fundamental para llevar el desarrollo a los países del sur global. Sin embargo, las políticas inspiradas en esta idea fracasaron rápidamente y el movimiento fue objeto de críticas muy intensas.

<sup>25</sup> Pierre Bourdieu, “La force du droit”, en *Actes de la Recherche en Science Sociales* 64, 1986.

<sup>26</sup> Es dudoso que este modelo teórico pueda aplicarse tal cual a todos los países. En Colombia, por ejemplo, las estructuras de apoyo a la movilización jurídica no son fuertes. A falta de esas estructuras de apoyo (indispensables durante el Movimiento por los Derechos Civiles en los Estados Unidos) en Colombia el acceso de los ciudadanos comunes y corrientes a las altas cortes ha sido posible gracias a la existencia de procedimientos jurídicos que facilitan ese acceso: sobre todo la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela. Rodrigo Uprimny, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, 89 *Texas L. Rev.* 1587, 2011.

Con fundamento en una visión constructivista del derecho, aquí adopto la posición de un quinto personaje, al que llamaré *optimista moderado* y que se caracteriza por defender el texto aspiracional, entendido con las limitaciones y los altibajos propios de la lucha política en la cual está inmerso y como una oportunidad para construir un constitucionalismo mejor<sup>27</sup>.

La posición de este quinto personaje se sitúa en el medio de las visiones demasiado optimistas y demasiado pesimistas del derecho constitucional<sup>28</sup>. De acuerdo con esta postura intermedia, las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que éstas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social, pero este mecanismo por sí solo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica la existencia de elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional, en general, y al activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos.

Dado que, para lograr un cambio social real se requiere del compromiso político serio de diversos actores a favor de la Constitución, tanto las posturas conservadoras como las posturas críticas radicales, al no comprometerse con el proyecto, lo debilitan y propician su fracaso. Las primeras, las conservadoras, lo debilitan por razones evidentes, pues simple y llanamente le apuestan a su fracaso. Las críticas radicales, por su parte, contribuyen a forjar la propia realidad que ellas mismas denuncian, funcionando así como especies de profecías autocumplidas y, de esta manera, terminan siendo funcionales a las perspectivas conservadoras. Al reducir los apoyos políticos que la constitución necesita para lograr sus propósitos, condenan las constituciones aspiracionales al fracaso, tal y como ellas mismas lo habían denunciado en sus críticas.

<sup>27</sup> Posiciones similares, a partir de en una visión constructivista del derecho, pueden verse en Esteban Restrepo, “Reforma constitucional y progreso social: la ‘Constitucionalización de la vida cotidiana’ en Colombia”, en: *SELA* (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política) *Papers* 14, 2002. Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009. Mauricio García Villegas – María Paula Saffón, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* 3 (1), 2011. Mauricio Albarracín, Albarracín, “Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”, en: *Revista Sur*; V. 8, No. 14, 2011. Cesar Rodríguez – Diana Rodríguez, *Cortes y Cambios social; cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Dejusticia, 2010. Para una visión constructiva de los movimientos sociales en América Latina, ver Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz, Plural Editores, 2010.

<sup>28</sup> Esta tesis intermedia está inspirada en el trabajo de Michael McCann, “Resurrection and Reform: Perspectives on Property in the American Constitutional Tradition”, en: *Politics And Society* 13 (2), 1984, pp. 143-176.

## La constitución aspiracional en la tensión entre democracia y derechos

Los dilemas y sobre todo las limitaciones que entraña la *constitución aspiracional* están en buena parte relacionados con la tensión entre derecho y política, que en los términos de la teoría clásica del constitucionalismo es algo que se manifiesta como la tensión entre democracia y derechos<sup>29</sup>. Según esta teoría, una constitución ideal debe lograr el máximo de participación democrática posible, compatible con el máximo de protección de derechos posible. Llamaré *constitucionalismo democrático* a aquél que logra este tipo de compatibilidad. Soy consciente de las dificultades y complejidades que encierra esta definición; sin embargo, mi intención aquí no es discutir la teoría clásica, sino más bien partir de un ideal que me permita caracterizar modelos intermedios que no alcanzan ese ideal y entre los cuales, a mi juicio, se encuentra lo que aquí he llamado constitucionalismo aspiracional.

Aquí defenderé la idea de que el constitucionalismo aspiracional, en la práctica, es decir en el proceso constitucional, deja mucho que desear en relación en este modelo ideal. Mi punto es que sus falencias están relacionadas con su incapacidad para lograr conciliar plenamente las dos dimensiones anotadas, la de los derechos y la de la participación, es decir para convertirse en un constitucionalismo democrático. Esta afirmación, inspirada parcialmente en los análisis y la tipología presentada por Roberto Gargarella<sup>30</sup>, no la hago a partir del análisis de los textos de las constituciones (desde la dogmática constitucional), sino a partir de las prácticas constitucionales en América Latina (desde la sociología constitucional). A mi juicio, en América Latina y, repito, desde el “proceso” constitucional, se pueden encontrar tres modelos de constitucionalismo, todos insuficientes en relación con el *constitucionalismo democrático*, entendido como modelo ideal.

El primero, identificado al inicio de este texto, es el *constitucionalismo preservador*; o, para ser más exactos, la versión latinoamericana de ese constitucionalismo preservador que señalé al inicio y el cual, a mi juicio, combina deficiencias en relación con la protección de derechos con deficiencias ligadas a la realización de la democracia. Muchas de las constituciones que ha habido en América Latina son de este corte. La gran mayoría de ellas fueron promulgadas durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX<sup>31</sup>. La constitución colombiana de 1886 o la argentina de 1953 son buenos ejemplos de este modelo.

Entre este modelo preservador y el modelo ideal (constitucionalismo democrático) encontramos dos modelos intermedios. Ambos se caracterizan por tener constituciones aspiracionales, con cartas de derechos generosas y

---

<sup>29</sup> James Madison, et al., *The Federalist*, Nueva York: Modern Library, 1941. John Hart Ely, *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Bruce Ackerman, *We the People*. Cambridge, Harvard University Press, 1991.

<sup>30</sup> Roberto Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

progresistas. Su diferencia radica en la manera como intentan llevar a la práctica los mandatos de esas constituciones: uno de ellos lo hace, de manera preferente, a través de los jueces y el otro de manera preferente a través del poder legislativo.

Al primero de estos modelos intermedios lo denominaré *Aspiracional-judicial* y al segundo *Aspiracional-político*. Ambos difieren no tanto en el contenido de sus textos como en la manera o en los mecanismos a través de los cuales tratan de llevar a la práctica los postulados constitucionales. El primero se vale de los jueces, y en particular de los tribunales constitucionales, para cumplir con sus cometidos. El segundo se vale sobre todo de la ley y de las mayorías políticas para lograrlo. Me parece que el caso colombiano representa bien esta primera variante mientras que el caso venezolano representa la segunda. Razones de tipo sociopolítico en ambos países explican esta elección.

En Colombia, a falta de partidos fuertes, con un sistema político muy inclinado hacia la derecha (en buena parte por la existencia de las guerrillas) y con una participación popular débil, era muy difícil que la Constitución de 1991 pudiera ser desarrollada a través del órgano legislativo o del poder ejecutivo. Esa constitución no fue el producto de una revolución social y por lo tanto no hubo un movimiento político detrás de su creación<sup>32</sup>. Fue más la indignación nacional frente a la violencia narcotraficante y frente a la clase política tradicional lo que despertó el apoyo ciudadano a la Asamblea Nacional Constituyente. En esas circunstancias, era factible que una constitución muy progresista, como lo fue la que resultó de esa asamblea en 1991, sin un partido fuerte detrás para respaldarla, tuviera que ser desarrollada por la Corte Constitucional, cuyos jueces no eran particularmente progresistas pero eran buenos juristas, desinteresados políticamente, los cuales se vieron, digámoslo así, atados al texto constitucional muy progresista del 91. A todo esto contribuyó el hecho de que en Colombia hubiese una tradición de autonomía judicial muy fuerte (desde el plebiscito de 1957) y un cierto apego a las rutinas institucionales y a las formas del derecho; en todo caso más fuerte que en sus vecinos<sup>33</sup>.

En el caso de Venezuela, en cambio, el modelo se apoya esencialmente en las mayorías políticas, encauzadas no a través de los partidos, sino a través del presidente Chávez; son ellas las que, a través de sus representantes y de su participación directa y con fundamento en lo dispuesto por la Constitución de 1999 (sobre todo el Preámbulo, el artículo 5 y las disposiciones del título V), llevan a cabo lo esencial de los postulados constitucionales<sup>34</sup>. Estas atribuciones

<sup>32</sup> Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Op. cit.

<sup>33</sup> Rodrigo Uprimny, “Constitución de 1991, estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas”, en: VV.AA., *La constitución de 1991*. Bogotá, ILSA, 2001. César Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. María Paula Saffón – Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. Op. cit.

<sup>34</sup> La Constitución de 1999, dice Ana María Bejarano, “puso el último clavo en el ataúd de los

tienen origen en la Revolución Bolivariana, liderada por Hugo Chávez Frías a partir de las elecciones que lo llevaron al poder en 1999. A diferencia de Colombia, en Venezuela es el poder político, radicado en las bases bolivarianas, comandadas por sus dirigentes, todos ellos voceros de la voluntad del presidente-líder, los que jalonan la dinámica institucional. La generosa protección de los derechos consagrada en la Constitución no pasa por el filtro de los jueces, como en Colombia, sino por el de los líderes políticos. Así por ejemplo, el artículo 72 de la Constitución venezolana establece un generoso derecho popular a revocar el mandato de los gobernantes, incluido el del jefe del Estado. Sin embargo, en los casos en los cuales ha habido un conflicto entre la protección de este derecho y los intereses de las mayorías políticas bolivarianas (originado en el hecho de que es la oposición la que organiza esta petición<sup>35</sup>) son las mayorías las que se han impuesto.

Ambos casos muestran deficiencias importantes en relación con un modelo ideal de constitucionalismo. El primer modelo, el colombiano, contiene un evidente déficit político en la implementación de la constitución. Si en algún tema específico los constituyentes de 1991 no lograron cumplir con sus promesas fue justamente en el de la profundización de la democracia a través del fortalecimiento de los partidos y de los mecanismos de participación ciudadana<sup>36</sup>. En este tema, y por razones no siempre ligadas al diseño constitucional, el constitucionalismo colombiano tiene una deuda grande. Ese déficit intenta ser compensado con un superávit judicial. En este sentido se han hecho esfuerzos, sin duda notables. Algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana han enfrentado problemas estructurales, por lo que se han visto abocadas a proponer determinadas soluciones (sobre cárceles, desplazados, salud, etc.)<sup>37</sup>. Sin embargo, el protagonismo de los jueces constitucionales en Colombia, en medio

---

partidos políticos venezolanos”. Ana María Bejarano, “Los límites del reformismo institucional en Colombia y Venezuela”. *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales* 4, 2002, p. 182.

<sup>35</sup> Esto ha ocurrido en varios casos. El más célebre de ellos se originó en el intento de la oposición política para revocar el mandato de Chávez, a lo cual se opusieron, tribunales y la Comisión Nacional Electoral.

<sup>36</sup> Francisco Gutiérrez tiene un detallado e interesante análisis sobre las fallas de diagnóstico y diseños de la Constitución de 1991 en relación con la democratización y el sistema político. Francisco Gutiérrez, “La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías”, en *Estudios Sociojurídicos* 13 (1), 2011.

<sup>37</sup> Cesar Rodríguez ha hecho un importante análisis de la eficacia material y simbólica de esas decisiones. Divide los efectos de la jurisprudencia en materiales/simbólicos y directos/indirectos. De allí surge una tipología de cuatro elementos. No obstante, tengo dudas sobre la posibilidad de diferenciar los efectos simbólicos directos de los indirectos. Un efecto simbólico directo, dice Rodríguez, es la percepción de un problema en términos de violación de derechos. Un efecto simbólico indirecto consiste en la transformación de imagen que la opinión pública tiene de ese problema. Sin embargo, siendo todos los efectos simbólicos representaciones que las normas producen en los destinatarios de las normas, resulta difícil separar lo que es directo de lo que es indirecto. La diferencia entre la imagen de la violación de un derecho y la imagen que tiene la opinión pública parece más una diferencia en términos de actores, o de dimensión del problema, más que un asunto relacionado con lo directo o lo indirecto del efecto simbólico. César Rodríguez Garavito, “Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, en: *Texas Law Review* 89:1669, 2011.

de una notable debilidad del sistema político, suscita dudas no sólo desde el punto de vista del carácter democrático de esas intervenciones, sino también desde el punto de vista administrativo en relación con la eficiencia de esas decisiones. La sustitución de los actores políticos por los jueces puede incluso llevarnos a pensar en la existencia de una “juristocracia” a la colombiana, siguiendo lo dicho por Ran Hirshl<sup>38</sup>.

El segundo modelo, el venezolano, ha ido concentrando, por lo menos desde 2002, el poder en manos del presidente Chávez. Dicha concentración de poder se ha conseguido a través de mecanismos tales como la ampliación del período presidencial (de cinco a seis años), la creación de una Asamblea Nacional unicameral (luego de la remoción de los integrantes de la asamblea bicameral) y, sobre todo, de la obtención de poderes excepcionales para legislar por decreto, supeditados a la aprobación de una ley habilitante. Todo esto ha sido justificado con base en el poder mayoritario que posee el presidente en la Asamblea Nacional y con base en la frecuente apelación que hace el presidente Chávez al Pueblo de Venezuela y a él mismo como su representante (al mejor estilo roussoniano), todo lo cual ha ido minando el sistema constitucional de pesos y contrapesos y creando una especie de democracia delegativa<sup>39</sup>.

Regreso entonces a la tipología inicial para ilustrarla en el siguiente cuadro.

#### Tipos de constitucionalismo

		Participación mayorías	
		Menos	Más
Derechos	Menos	<b>I</b> <i>Preservador</i>	<b>II</b> <i>Aspiracional- mayoritario</i>
	Más	<b>III</b> <i>Aspiracional- judicial</i>	<b>IV</b> <i>Democrático</i>

Los dos extremos de esta tipología están representados por los casos I y IV del cuadro anterior. El caso I es del constitucionalismo preservador y el caso IV es

<sup>38</sup> Ran Hirshl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

<sup>39</sup> Guillermo O'Donnell, “Delegative Democracy”, en: *Journal of Democracy* 5 (1), 1994.



el del constitucionalismo democrático. El contraste entre ambos modelos se puede ver en términos valorativos. Siendo el caso IV el caso ideal, es decir, aquél en el cual se logra el máximo de participación democrática compatible con el máximo de protección de derechos posible<sup>40</sup>, el caso I (constitucionalismo preservador) es el caso más deficiente. Dado que me limito al contexto latinoamericano, esto no implica, como dije antes, una desvalorización del constitucionalismo preservador aplicado a otros países y otros contextos.

Los dos casos restantes (II y III) son variaciones del constitucionalismo aspiracional y casos intermedios en los términos valorativos expuestos. Aquí me he interesado, sobre todo, por el análisis de estos dos casos intermedios. Quisiera, antes de pasar al punto siguiente, señalar que en ambos casos puede haber remedios destinados a transformar el constitucionalismo aspiracional en un constitucionalismo democrático. En el caso II, representado aquí por Venezuela, el remedio se encuentra en el fortalecimiento del equilibrio de poderes y de los controles contra-mayoritarios que ello implica.

En el caso III, representado aquí por Colombia, el remedio se encuentra en la ampliación de la participación democrática. Esta ampliación se refiere a dos ámbitos: el primero de ellos es el sistema político con todas sus aristas: partidos políticos, reglas electorales, mecanismos de participación democrática, etc.<sup>41</sup> El segundo ámbito es el de la participación ciudadana en las decisiones judiciales, sobre todo en aquellas de más calado político. En el primer ámbito como ya dije, existen fallas protuberantes en Colombia. En el segundo, sin embargo, se han logrado avances notables. César Rodríguez ha hecho un análisis interesante de los logros obtenidos por el constitucionalismo colombiano en relación con aquellas decisiones en materia de derechos sociales con alcance estructural (cárceles, desplazados, salud, etc.) que mencioné antes. La Corte Constitucional colombiana ha ideado, en estas sentencias, una especie de modelo decisional dialógico (*dialogic rulings model*) caracterizado por la existencia de derechos sociales fuertes (no simplemente nominales o simbólicos), remedios moderados, en cuyo diseño intervienen los expertos y las fuerzas sociales, y mecanismos de monitoreo fuertes a las políticas públicas intervenidas por la Corte. Este tipo de decisiones tienen la virtud de incrementar la participación democrática en la labor judicial y, por esta vía, en remediar la deficiencia mayor de lo que aquí he llamado constitucionalismo aspiracional-judicial, es decir la falta de participación política<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> El constitucionalismo brasileño podría ser considerado como un caso que se acerca a ese ideal; al respecto ver, Oscar Vilhena, *A grande conciliação: Mudança, Estabilidade e Resiliência na Constituição Brasileira de 1988*; texto presentado en el Encuentro ILADD (Reformas Constitucionales e Modelos de Democracia), Sao Paulo, 17-18 de Mayo de 2012.

<sup>41</sup> Al respecto ver, Laura Wills Otero, “Crisis en los sistemas de partidos y en los partidos políticos de la región Andina, 1978-2006. Explicaciones y perspectivas”. *Controversia*, 196, 2011; “El sistema político colombiano. Las reformas de 1991 y 2003 y la capacidad de adaptación de los partidos”, en: Felipe Botero (comp.) *¿Juntos pero no revueltos? Partidos, candidatos y campañas en las elecciones legislativas de 2006 en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios Socioculturales CESO, Universidad de los Andes, 2009.

<sup>42</sup> César Rodríguez Garavito (Coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, n° 29. Primer semestre de 2013. Pp. 77-97.

La clasificación que aquí propongo se enfoca en el aspecto socio-jurídico, es decir en los contextos de interpretación y aplicación, y puede contribuir a considerar el panorama temporal, en su complejidad, del constitucionalismo latinoamericano. De otro lado, puede ayudar a explicar mejor el alcance de tres temas: las limitaciones transformadoras del constitucionalismo aspiracional, el alcance de las “cláusulas dormidas” y el problema del constitucionalismo a dos velocidades.

Las limitaciones transformadoras del constitucionalismo aspiracional se originan, como bien lo explica Uprimny, en su incapacidad para estimular, desde la democracia, un constitucionalismo fuerte; es decir en su incapacidad para encontrar una complementariedad entre participación democrática y protección judicial de derechos. Los problemas de esa complementariedad no sólo se originan en los textos, sino también, y sobre todo, en la práctica constitucional y de manera específica en el sistema político a través del cual se interpreta y aplica la constitución. Dos desarrollos inconvenientes de la constitución saltan aquí a la vista: en primer lugar, fenómenos tales como el caudillismo, el populismo o el hiper-presidencialismo, en los cuales hay una fuerte participación de las mayorías pero una débil protección de derechos; y, en segundo lugar, el judicialismo o el hiper-activismo judicial, en donde hay una fuerte protección de derechos pero sin participación política. La visión socio-jurídica que aquí propongo del constitucionalismo ayuda a comprender mejor las estrechas conexiones que, en la práctica, existen entre el régimen político y la constitución. Muchos inconvenientes se originan en el hecho de no tomar suficientemente en serio esas conexiones y en tratar de imponer una democracia sin constitucionalismo (caudillismo, hiper-presidencialismo, etc.) o un constitucionalismo sin democracia (democracia formal).

La visión socio-jurídica también ayuda a comprender mejor el origen y la importancia de aquello que Gargarella denomina un “constitucionalismo a dos velocidades”. Según Gargarella el énfasis en los derechos y en los principios que traen muchas constituciones latinoamericanas resulta inoficioso debido a que no se combina con un énfasis en las herramientas orgánicas necesarias para lograr su efectividad, y a lo cual denomina la *Sala de máquinas* de la constitución. La diferencia de velocidades es algo que, por lo general, no se origina en el diseño o en la dogmática constitucional. El desequilibrio en la práctica constitucional entre la parte dogmática y la parte orgánica suele ser el resultado de una opción política, de un uso estratégico o simbólico de los textos constitucionales que no se aprecia con un análisis de dogmática jurídica.

---

*jurídico del siglo XXI*. Op. cit. No obstante estos logros, el activismo social y político de los jueces constitucionales no es un mundo ideal y entraña peligros notables para el sistema democrático. Críticas en este sentido para el caso colombiano se pueden ver en Gómez, 2012. En Brasil, Octavio Ferraz ha mostrado cómo, en materia de salud, la jurisprudencia constitucional no han beneficiado a los más pobres. Octavio Ferraz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation; Lessons from Brazil”, en: *Texas Law Review*, 89 - 7, 2011, pp. 1643-1668.

Pero no sólo es frecuente la falta de sintonía entre lo dogmático y lo orgánico. También hay al menos otras tres desconexiones posibles que se originan en la práctica constitucional: primero, entre unos derechos referidos a la autonomía personal (lo que Inglehart denomina *valores post-materialistas*, por ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad) y los derechos sociales prestacionales; o dicho en otros términos entre los derechos que cuestan y los que no cuestan. La interpretación progresista de las constituciones en América Latina tiene lugar, sobre todo, en relación con la protección de derechos que no afectan la desigualdad y que no comprometen dineros públicos<sup>43</sup>. Segundo, entre los mecanismos de participación política (que están en la parte dogmática) y la organización de los partidos y de la democracia electoral. O, como dice Gargarella, entre la democracia participativa y el presidencialismo exacerbado. Aquí también, es la práctica constitucional, más que el diseño, lo que explica esta diferencia de énfasis o de velocidad. Sin unas mínimas condiciones de igualdad material o de decisión política destinada a lograr esa igualdad material es muy difícil que esas constituciones dejen de ser normas de papel (Lassalle). Esta disociación, a diferencia de las anteriores, no es interna a la constitución, sino externa.

Por último, esta visión de la constitución como proceso de construcción de democracia fuerte con derechos fuertes, me parece particularmente relevante para entender el alcance de lo que Gargarella denomina “cláusulas dormidas”, que consisten en normas progresistas que no obtienen eficacia inmediata, pero que después, quizá mucho después, pueden ser recuperadas por los movimientos sociales que hacen de ellas, a través de la lucha política, normas efectivas.

Los principios y los derechos consagrados en las constituciones aspiracionales contienen un maximalismo que parece obedecer más al fetichismo jurídico, destinado a responder a necesidades de legitimación política, que a la voluntad real de proteger derechos o imponer la justicia social. Sin embargo, como dice Gargarella, si miramos la cosa en el largo plazo (diacrónicamente) las cláusulas dormidas pueden terminar siendo realidades, al ser tomadas en serio en momentos futuros. En principio, esta afirmación da la impresión de adherir a la ilusión popular de que la justicia finalmente triunfa, lo cual, desde luego, no es siempre cierto. El despertar de las cláusulas dormidas puede demorar décadas, generaciones, incluso no llegar nunca. De otra parte, no hay que excluir la denuncia marxista (de los *Critical Legal Studies*, por ejemplo de Tushnet<sup>44</sup>) de que las cláusulas progresistas del derecho sirven más para darle un respiro al poder que para proteger realmente los derechos que allí se consagran.

Así pues, me parece más útil, como lo he venido defendiendo en este ensayo, una visión dinámica, constructiva y socio-jurídica de estas cláusulas dormidas. El derecho es un espacio de confrontación entre posiciones (e

<sup>43</sup> En Colombia eso fue cierto sobre todo antes del periodo de Álvaro Uribe (2002-2010) con decisiones sobre el aborto, el consumo de drogas, la eutanasia, etc. Uribe echó para atrás buena parte de estos logros.

<sup>44</sup> Mark Tushnet, “An Essay on Rights”, en: *Texas Law Review* 62 (4), 1984.

---

intereses) que luchan por fijar el sentido de los textos jurídicos<sup>45</sup>. Visto así, como campo de lucha por la fijación del sentido, el derecho progresista (o los derechos) aparecen como armas de doble filo. Por un lado, pueden servir como respuestas a las demandas sociales que posteriormente, en el curso de su implementación, se quedan muertas, y por el otro lado pueden servir como banderas de lucha en manos de los movimientos sociales para ganar batallas contra los poderes dominantes y contra los estados. Que el derecho termine siendo lo uno o lo otro depende mucho de lo que Daniel Kommers denomina “constitucionalismo militante”, es decir, de los apoyos políticos que la constitución obtenga de las fuerzas que la crearon. El constitucionalismo militante tanto como una democracia fuerte en términos de participación y deliberación es una especie de antídoto contra los peligros del constitucionalismo aspiracional.

### Comentarios finales

El hecho de que constituciones maximalistas e idealistas prosperen allí donde menos garantizados están los derechos y en donde menos recursos existen para lograr un cambio social, no deja de ser una paradoja perturbadora para el constitucionalismo de nuestros países. ¿Son las nuestras verdaderas constituciones? Si no lo son, ¿qué naturaleza tienen? ¿Son textos jurídicos o simplemente son enunciados políticos? Las constituciones aspiracionales se caracterizan por mantener una profunda distancia respecto de las realidades sociales y políticas que quieren transformar. Esta ruptura está inscrita en su naturaleza futurista y progresista. La constitución no expresa el país que existe sino el que queremos. Eso tiene sus ventajas y sus desventajas, como lo hemos visto. Pero, ¿qué incidencia tiene esta brecha en el concepto y la explicación de lo que llamamos constitución?

He querido enfrentar esta paradoja sugiriendo, en primer término, que el constitucionalismo en general y de manera particular el constitucionalismo aspiracional mantiene una ambivalencia y una tensión permanentes entre lo jurídico y lo político; obedecen, por un lado, a una lógica instrumental destinada a producir el tipo de sociedad que consagran sus textos, pero, por el otro, obedecen a una lógica comunicacional y simbólica destinada a crear representaciones que operan en el mundo político. En segundo lugar, he tratado de defender una aproximación constructivista al constitucionalismo latinoamericano, a partir de la cual se tenga en cuenta el derecho constitucional como un proceso o como un recurso y no simplemente como un código jurídico. En tercer lugar, en ese proceso de confrontaciones en el cual se construyen las constituciones aspiracionales, he tratado de mostrar cuáles son las posiciones enfrentadas en el debate, a favor y en contra, y cuáles son sus ventajas y desventajas.

---

<sup>45</sup> Pierra Bourdieu, “La force du droit”, en: *Actes de la Recherche en Science Sociales*, No. 64, 1986.

---

He celebrado, finalmente, el hecho de que hoy en día buena parte de los países latinoamericanos hayan adoptado constituciones aspiracionales; sin embargo, creo que ello no es suficiente y que falta un largo camino por recorrer. Este punto me tomó buena parte del análisis aquí expuesto: las constituciones aspiracionales, a mi juicio, deben superar el desequilibrio que en ellas suele existir, en la práctica constitucional (no necesariamente en el texto) entre protección de derechos y democracia, de tal manera que ayuden a crear las bases para la consolidación futura de lo que he denominado aquí un *constitucionalismo democrático*.

Debemos hacer un esfuerzo por exorcizar los males o peligros propios del constitucionalismo aspiracional, y para ello dos cosas deben ser tenidas en cuenta: en primer lugar, las expectativas deben tener la posibilidad de ser realizadas de tal manera que se evite el efecto institucional de legitimación simbólica. En segundo lugar, y directamente ligado a lo anterior, las expectativas deben estar fundadas en lo que hemos llamado un “constitucionalismo militante”<sup>46</sup>, lo cual, en los términos de Uprimny y también de Gargarella, implica un fortalecimiento de la participación activa de los actores sociales y a los representantes políticos. No sólo las constituciones deben mantener el apoyo de las fuerzas políticas que la hicieron posible, sino que dichas fuerzas deben persistir en el compromiso de hacer posible que los postulados constitucionales se traduzcan en realidades efectivas.

Lograr estas dos cosas no es una tarea fácil; es tanto como conseguir superar las tensiones entre la democracia y la participación política, por un lado, y el estado de derecho y control contra-mayoritario, por el otro lado, de tal manera que ninguno impida la realización del otro. Ésta ha sido la gran dificultad no sólo del constitucionalismo, sino también de la democracia y de la política en América Latina; eso se debe a que buena parte de las grandes reformas institucionales que se han hecho en el continente han provenido de visiones políticas sesgadas: o bien de una derecha que menosprecia la participación del pueblo en las principales decisiones del poder político, o bien de una izquierda que desestima el aparato judicial, los tribunales y el control de las mayorías.

---

<sup>46</sup> Parafraseando el concepto “democracia militante” que Donald Kommers acuñó respecto de la Constitución Alemana. Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989.

