

## **LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA GOBERNANZA**

### **(Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho)**

**Constitutional Law in the Governance Time (A Comparative Study From the Periphery of Law)**

**Grenfieth de Jesús Sierra Cadena\***

**RESUMEN:** El artículo analiza el rol de la justicia constitucional dentro de la construcción de la idea de gobernanza. Hace énfasis en el concepto de gobernanza sistémica, presentado por el PNUD, quien vincula la dimensión del desarrollo social como una de las características del modelo. Tal dimensión está ligada al desarrollo de los derechos sociales que dentro de las nuevas doctrinas constitucionales poseen un valor jurídico. La disertación se sustenta en jurisprudencia comparada para nutrir el debate con realidades jurídicas diferentes que permitan desarrollar una aproximación en plural del fenómeno; sin pretender ser absolutistas respecto de los sistemas jurídicos. Se divide en dos partes. La primera está consagrada a la división del poder y su redefinición hacia la idea de Gobernanza. Y la segunda parte trata sobre los derechos fundamentales y la Gobernanza sistémica.

**ABSTRACT:** *The article analyzes the role of the constitutional justice inside the development of the idea of governance. It he does emphasis in the concept of systemic governance developed by the PNUD that links the dimension of the social development as one of the characteristics of such a model. This is joined to the development of the social rights that, inside the new constitutional doctrines, possess juridical value. The dissertation is sustained in jurisprudence compared to nourish the debate with juridical different realities that allow developing an approximation in plural of the phenomenon; without trying to be absolutists in the juridical systems. The dissertation divides in two reports. The first one will be dedicated to the division of the power and your redefinition towards the idea of Governance. And the second report was treating on the fundamental rights and the systemic governance.*

**PALABRAS CLAVE:** Gobernanza, separación de los poderes, derechos sociales, soberanía, igualdad compleja, poder y contra-poder.

**KEY WORD:** *Governance, separation of the power, social rights, sovereignty, complex equality, power and counter-power.*

**Fecha de recepción:** 26-11-2010

**Fecha de aceptación:** 11-1-2011

### **Introducción. Una Lectura de Poder y Contra Poder.**

Es bien sabido que toda reorganización del poder, que todo nuevo poder, que toda creación de una nueva institución trae como consecuencia el nacimiento de un nuevo discurso del poder y de las

---

\* Profesor de Derecho constitucional, Políticas públicas y Metodología de la investigación jurídica en las Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctorando de la Escuela de Derecho Comparado de la Sorbona (Universidad Paris I Panthéon – Sorbonne). Correo-e: Grenfieth.Sierra-Cadena@malix.univ-paris1.fr

relaciones de poder. Las lógicas de gobierno y de gobernabilidad han sido superadas, y una nueva idea del verbo gobernar se desarrolla en las democracias liberales<sup>1</sup>. Esa de la Gobernanza, una idea polisémica y a geometría variable que plantea una forma de administrar desde la complejidad de los sistemas, la contingencia de las decisiones y la noción multinivel de la administración; tanto en los espacios públicos como privados, locales, nacionales, regionales y mundiales<sup>2</sup>.

El término gobernanza nace en Francia en el siglo XII con un sentido técnico. Los historiadores ingleses de la edad media se refieren a la gobernanza para caracterizar el modelo de organización del poder feudal. Este término resurge en la lengua anglo-sajona durante el último cuarto del siglo XX<sup>3</sup>, como una de las nociones de administración de las empresas-*management*-, haciéndose global durante la cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992, en los Foros Económicos mundiales de Davos durante los 90<sup>4</sup> y en el libro blanco de la gobernanza en Europa en 2001.<sup>5</sup> En palabras de Christian von Haldenwang asesor de la CEPAL.

“El concepto de gobernanza (...) es una idea básica compartida por la mayor parte de las organizaciones internacionales. Este enfoque abarca la presencia de instituciones políticas democráticas y legítimas, una administración pública eficiente y responsable, la vigencia del Estado de derecho, el respeto de los derechos fundamentales y una eficaz regulación pública de los mercados.”<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> “La gobernabilidad debe ser entendida como “un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas societales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz” (Camou 2001:36). Ello permite superar una lectura dicotómica (gobernabilidad versus ingobernabilidad) y analizar grados y niveles de gobernabilidad Mayorga, F. y Córdova, E., 2007, “Gobernabilidad y Gobernanza en América latina”, Working Paper NCCR Norte-Sur IP8, Ginebra.

<sup>2</sup> Ver Chevallier J., *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?*, *Revue française d'administration publique* 2003.1-2, N°105-106, p. 203-217.

<sup>3</sup> MOREAU-DEFARGES, P. *La gouvernance*. Paris: PUF; 2005, p. 5.

<sup>4</sup> World Economic Forum (WEF). *Global Risks 2009*. Global Risk Network, WEF: Ginebra, 2009.

<sup>5</sup> Una buena gobernanza se basa en cinco principios acumulativos: apertura: las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones; participación: conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas; responsabilidad: es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido; eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiados, y éstas deben producir los resultados buscados; coherencia: las políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia.”

<sup>6</sup> Haldenwang, C. “Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina”. *Revista de la Cepal* 85, abril 2005, p. 37.

La gobernanza se caracteriza por una idea plural de los actores de poder. No existe una idea de centro definida. La gobernanza reconoce el carácter técnico de la decisión, la necesidad de la eficiencia, la rapidez y la inmediatez de las disposiciones, como la necesidad de una democracia de proximidad. La acción pública, las acciones privadas y las decisiones jurídicas son tocadas por esta realidad, cambiando sus configuraciones.

El Derecho dentro de la gobernanza cumple una función de técnica operacional de gestión, donde una nueva idea de "Estado de Derecho" se edifica. Crecimiento económico con desarrollo social deben ser jurídicamente posibles; a esto lo denominaremos la dimensión sistémica de la gobernanza.<sup>7</sup> Así, la gobernanza se hace un vector privilegiado del poder. Dentro de este fenómeno, la jurisdicción constitucional, mediante su control de la norma, despliega una actividad de intervención dentro de las decisiones del Estado y de la sociedad, más amplia que una mediación sobre la responsabilidad. Toda decisión (pública o privada) que se pretenda hegemónica debe ser limitada. El derecho debe garantizar no solo el cumplimiento de la obligación sino que dicho cumplimiento respete los valores democráticos de la sociedad, limitando todo abuso que distorsione las relaciones sociales o el desarrollo de los mercados. En este punto una pregunta surge: ¿La idea de poder es el puente de conexión entre el concepto político de Gobernanza y el concepto jurídico de jurisdicción constitucional? La respuesta simple es: Sí. Sin embargo, la idea de poder tiene dos definiciones. Según Michel Foucault una la de comando o dirección y otra la de dominación.

La gobernanza se identifica con la segunda definición. No es el dialogo del poder público sino el dialogo de los poderes sociales el objeto de estudio del Derecho Constitucional dentro de la Gobernanza. Y en este dialogo de poderes se desarrolla una lectura de la decisión jurídica constitucional, no como poder, sino como Contra-poder<sup>8</sup>. Es decir el Juez Constitucional dentro de la gobernanza es un actor de Contra-Poder. Él contesta las decisiones que se pretendan absolutistas en el espectro general de los poderes en la sociedad, y su fin es cumplir el postulado de una gobernanza sistémica donde crecimiento económico con desarrollo social sean posibles.

---

<sup>7</sup> Idem, p. 37

<sup>8</sup> En este orden de ideas la concepción jurídica del poder para Foucault es que el poder es un bien que se posee el cual puede ser transferido o enajenado de manera parcial o total mediante un acto jurídico. Y este poder construye la idea de soberanía política, pero en sí mismo desarrolla relaciones de sometimiento. Pero toda relación de poder por esencia desarrolla una respuesta de resistencia. Entonces toda definición de poder tiene que necesariamente pasar por una de contra-poder, quien somete respecto de quien resiste.

Igualmente, la Gobernanza define al poder como una red donde las relaciones de la sociedad y del hombre se hacen determinantes tanto en las decisiones individuales como colectivas desde las periferias hacia los centros de decisión. Baruch Spinoza en el siglo XVII definió a esta pluralidad como Multitud<sup>9</sup>, una visión permanente de dominación y emancipación, donde el poder no se concentra en un centro sino en todo el espectro de la red social, en contravía a la idea de Pueblo que reconoce la concentración del poder y el sometimiento en la soberanía. “*El orden como dominación no es fundador ni instaurador de un orden como organización política*”<sup>10</sup>. Por lo tanto, para comprender tal fenómeno es necesario interrogarnos desde la dimensión del derecho constitucional: ¿El juez constitucional, en tanto que actor jurídico y político del poder constitucional, es parte activa en la construcción de una idea de gobernanza? Y ¿La gobernanza modifica la forma de producción del derecho y los campos de intervención del derecho constitucional?

Para responder, la disertación se divide en dos partes. La primera trata sobre la división del poder y su redefinición hacia la idea de Gobernanza. La segunda sobre los derechos fundamentales y la gobernanza sistémica<sup>11</sup>, donde la defensa de los derechos sociales le otorga al juez constitucional el poder de rediseñar el concepto de la igualdad mediante su intervención en las actividades públicas y privadas. Para lo cual, me sustentare en jurisprudencia comparada entre América Latina y Europa; realidades jurídicas y culturales diferentes pero paralelas, buscando desarrollar una aproximación en plural del fenómeno (sin pretender ser absolutista de los sistemas de derecho), y señalando como las “periferias jurídicas”<sup>12</sup> participan cada

---

<sup>9</sup> Virno, P. *Gramática de la Multitud*. Para un Análisis de las Formas de Vida Contemporáneas. Ed. Colihue. Bs As. 2002.

<sup>10</sup> Hervet, C. Langage et pouvoir dans le *Traité politique* de Spinoza, *la revue de l'École doctorale de philosophie de l'université Paris 1*, philonsorbonne n° 1/Année 2006-07, p 49.

<sup>11</sup> El PNUD ha identificado cuatro dimensiones de la gobernanza: —Gobernanza económica: un orden económico de mercado, competitivo y no discriminatorio, que favorece el crecimiento económico. —Gobernanza política: instituciones políticas participativas, democráticas, legítimas, pluralistas y accesibles. —Gobernanza administrativa: una administración pública eficiente, transparente, independiente y responsable. —Gobernanza sistémica: instituciones sociales que protegen los valores culturales y religiosos, contribuyen a garantizar la libertad y la seguridad, y promueven la igualdad de oportunidades para el ejercicio de las capacidades personales.” *Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina*, Revista de la CEPAL 85 • Abril 2005 p 36.

<sup>12</sup> El concepto de periferia jurídica la entiendo, no solo desde un espacio geográfico, sino igualmente desde el espacio institucional dentro de los sistemas jurídicos y la organización de sus actores, como la forma de la toma de decisiones; ejemplo la ley es producida por un centro que es el parlamento y aplicada por una periferia que es el juez. Hoy tal principio no se cumple; la norma jurídica es producida no solo por el parlamento sino por periferias internas y externas. Agencias independientes, jueces, órganos internacionales, actores privados. Etc. Ver:

vez con mayor fuerza en el debate sobre la gobernanza global al referirse a sus bordes, en oposición a la idea de un centro de producción normativa; evitando caer en una falsa universalización de máximas y procedimientos.

## **1. La dimensión constitucional de la gobernanza: de la división del poder a la separación de los poderes.**

### *1.1. La fragmentación del poder y el crepúsculo de la soberanía en singular.*

Los revolucionarios del siglo XVIII concibieron las estructuras del Estado liberal a través de la división del poder<sup>13</sup>. Según el constitucionalista francés M. Troper, "la división del poder es ante todo un principio de técnica constitucional destinada a evitar el despotismo y a garantizar la libertad"<sup>14</sup>, dando como resultado que la división real y efectiva del poder sea el valor más importante de la democracia liberal, la cual permanece protegida, solamente, si los poderes están efectivamente separados.

Sin embargo, el concepto de la división del poder ha sido siempre conflictivo, puesto que tal equilibrio perfecto no existe. La fragmentación del interés público y de las relaciones sociales hace menos clara tal técnica constitucional. Los fenómenos contemporáneos de la revalorización del ejecutivo, la reestructuración del parlamento y el surgimiento de los tribunales constitucionales, en la mayor parte de las democracias liberales, definen el cambio de las relaciones clásicas entre los poderes públicos. Al mismo tiempo las fronteras nacionales se opacan ante el fortalecimiento de los modelos regionales y mundiales de resolución de controversias dentro del comercio mundial y la protección a los derechos fundamentales; como ha sido la creación del Tribunal de apelaciones de la OMC,<sup>15</sup> el

---

López, M. D. *Teoría impura del derecho* (La transformación de la cultura jurídica latinoamericana). Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional; 2005, p.p. 32-37.

<sup>13</sup> John Locke y Charles Louis de Montesquieu, dentro de sus obras políticas, remarcaron que el poder debe estar especializado para respetar las fronteras de tal división; en la que ningún hombre o institución puede ir más allá de donde sus competencias interfirieran en las competencias del otro. Precisamente Montesquieu dividió al poder en tres funciones clásicas (el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial), para otorgarle una dimensión concreta a tal principio. Esta materia dominó los estudios y la estructura del derecho constitucional hasta una época muy reciente.

<sup>14</sup> Troper, M. *Droit constitutionnel*. Paris: LGDJ; 2001, p. 89.

<sup>15</sup> "The Appellate Body was established in 1995 under Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU). It is a standing body of seven persons that hears appeals from reports issued by panels in disputes brought by WTO Members. The Appellate Body can uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of a panel, and

ICSID (centro internacional para resolución de controversias relativa a las inversiones) alrededor del Banco Mundial, el fortalecimiento del arbitraje internacional<sup>16</sup>, la consolidación de una Corte Penal Internacional, los tribunales comunitarios y regionales como es la CIDH, CESDH, y el Tribunal Andino en el caso Latino Americano.

La jurista francesa Delmas–Marty. M, al respecto manifiesta que “la refundación de los poderes instituidos (ejecutivo, legislativo y judicial) llaman de hecho a construir nuevas articulaciones entre competencias nacionales e internacionales, y manifiesta igualmente que el nuevo orden mundial no se limitara a las instituciones jurídicas y políticas tradicionales. La refundación del poder pasa por un reequilibrio entre actores económicos (empresas) y actores cívicos (organizaciones no gubernamentales), sin desconocer la importancia de la mundialización de actores científicos; es decir de expertos. Entonces, esto supone un dialogo entre los valores y saberes diversos en el mundo.”<sup>17</sup>

Sin embargo, estos problemas no pueden ser abordados mediante las categorías jurídicas de la modernidad jurídica como es el derecho internacional público y su lectura entre monismo y dualismo jurídico. Ellos se construyeron bajo el principio de la voluntad de los Estados y una visión internacionalista. La nueva lógica supera la idea del internacionalismo, desarrollando una dimensión de la mundialización jurídica dentro del modelo de la gobernanza, donde el análisis comparado toma una dimensión protagónica al cuestionar el régimen jurídico establecido, refundando el derecho desde el pluralismo de los sistemas dentro de la comunidad mundial, hacia una lógica de derecho común. Es decir, que si bien las nuevas estructuras de los poderes globales como son el FMI, el BM o la OMC y los poderes regionales como la UE, la CIDH o la CEDH, obedecen a tratados internacionales, su desarrollo se independiza de la voluntad nacional, construyendo categorías jurídicas particulares que se imponen a los mismos Estados. Lo que

---

Appellate Body Reports, once adopted by the Dispute Settlement Body (DSB), must be accepted by the parties to the dispute. The Appellate Body has its seat in Geneva, Switzerland.” <http://www.wto.org/>

<sup>16</sup> ICC - the world's only truly global business organization responds by being more assertive in expressing business views. ICC activities cover a broad spectrum, from arbitration and dispute resolution to making the case for open trade and the market economy system, business self-regulation, fighting corruption or combating commercial crime. ICC has direct access to national governments all over the world through its national committees. The organization's Paris-based international secretariat feeds business views into intergovernmental organizations on issues that directly affect business operations. <http://www.iccwbo.org>

Ver Fouchard, E. Gaillard, B. Golman, *Traité de l'arbitrage international*. Librairie de la cour de Cassation, Editions LITEC. 1996.

<sup>17</sup> Delmas–Marty, M. *La refondation des pouvoirs*, Paris: Seuil; 2007, p. 33.

construye, no un orden internacional, sino un orden jurídico mundial que solo es comprensible desde el análisis del derecho comparado.

Al respecto, recordemos que en América Latina, al final de la década de los noventa, varias reformas constitucionales se desarrollaron<sup>18</sup>, con el objetivo de reforzar al ejecutivo. En Brasil, Perú, Argentina, Venezuela y Colombia la reelección del mandatario es impuesta, dentro de sistemas presidencialistas de por sí ya fuertes; los cuales carecen de órganos y partidos políticos capaces de desarrollar controles efectivos a tales competencias<sup>19</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo la justicia constitucional conoce su génesis, y los jueces constitucionales adoptan una tendencia decisiva en la redefinición del panorama constitucional continental<sup>20</sup>. Lo cual desarrollara una tensión entre el poder ejecutivo y el control constitucional respecto de la dimensión de separación entre los poderes y la redefinición de la democracia. Encontramos dos lecturas diferentes de esta realidad. La primera en la corte constitucional de Colombia y la segunda en el tribunal supremo de Venezuela.

Respecto de la primera lectura, la corte constitucional colombiana en dos sentencia (Sentencia C-551 de 2003 y Sentencia C-141/10), estudio la posibilidad de reformar la estructura del poder público mediante la reelección indefinida del presidente, mediante reformas a la Constitución à través de referéndums. La corte constitucional colombiana en sus sentencias traza una defensa integral de la Constitución como un modelo político liberal de separación de poderes públicos y garantía de los derechos fundamentales. Para lo cual acentúa la diferencia entre reformar la constitución y sustituir la constitución, cuando un modelo indefinido de reelección es impuesto.

“(...) no proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoquen. Respecto de la ley 1353 de 2009, encontró la Corte que desconoce algunos ejes estructurales de la Constitución Política como el principio de separación de los poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la regla de alternación y períodos

---

<sup>18</sup> Ver Páez Murcia, A. M. “Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina”. *Revista Díkaion - Lo Justo*, año 20, N° 15, Universidad de la Sabana, Chía-Colombia, noviembre 2006.

<sup>19</sup> Ver Vidal Perdomo, J. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Bogotá: Legis; 2005, pp. 149-170.

<sup>20</sup> López, M. *La cour constitutionnelle colombienne: un nouveau législateur?* Thèse des Etudes Doctorales. Université Paris II; 2003.

preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes.”<sup>21</sup>

Lo anterior, presenta como el juez constitucional colombiano se ha convertido en un actor que rediseña los contornos del poder ejecutivo y la capacidad del poder legislativo para reformar la Constitución. Al mismo tiempo, define los límites de la jurisdicción constitucional para intervenir sobre los otros poderes. No es solo un asunto de control constitucional, es al mismo tiempo un asunto de control político e ideológico respecto de las tentativas de desborde del presidencialismo.

Por su parte el tribunal supremo de Venezuela, mediante sentencia de recurso de amparo N°. 1974 de 23 de octubre de 2007, en el *Caso José Ignacio Guédez Yépez*, decide renunciar a ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes públicos ejecutados con motivo de una “reforma constitucional mediante referéndum que establecía la reelección indefinida del presidente”. Anteproyecto de reforma ante la Asamblea nacional el 15 de agosto de 2007; del acto definitivo del proyecto de reforma de la Constitución el día 2 de noviembre de 2007, y de la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral. Todo conforme al procedimiento de “reforma constitucional contemplado en los artículos 342 y siguientes de la Constitución”<sup>22</sup>. La Sala declaró inadmisibile la acción, argumentando que el accionante:

“no sólo no señaló de qué forma se verían afectados los intereses de la sociedad -o de alguna porción definida de la misma-, sino que al contrario de los planteamientos formulados por el accionante en torno a la interpretación y materialización del principio del alternabilidad, es preciso reiterar que la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006)”

El juez constitucional venezolano asume una posición de no intervención respecto al cambio de la estructura de un poder público mediante referéndum. Y contrario a la decisión del su par colombiano, desarrolla una lectura de la democracia como un asunto de mayorías simples, sin conexiones institucionales y procedimentales.

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-141/10

<sup>22</sup> Ver Allan R. Brewer-Carías. *El juez constitucional vs la supremacía constitucional*. New York, 4 de diciembre de 2007.



Entonces dos hechos similares en un espacio geográfico compartido, desarrollan dos lecturas jurídicas distintas respecto de la democracia y de los alcances del control constitucional para garantizar un modelo de gobierno. Ahora estas dos decisiones, una por activa y otra por pasiva, representan una visión de la gobernanza regional con marcadas tensiones, no solo en el marco político, sino también desde la teoría jurídica y constitucional. Ya que la primera demanda una lectura fraccionada del poder, bajo controles y límites políticos, y la segunda reconoce una lógica popular plebiscitaria de legitimación y representación.

Otro hecho, menos apasionante pero no menos importante, llama la atención respecto de la redefinición de los poderes públicos en la región. En la década de los 90 en América-Latina, mediante reformas constitucionales se establecieron las Agencias Independientes de Administración o las entidades autónomas (de origen anglosajón), como nuevos modelos de organización administrativa que buscan responder a la lógica del *new public management*. Las cuales tienen la peculiaridad de desarrollar normas jurídicas particulares de reglamentación general sobre sectores y actividades de la administración, determinando con ello una nueva concepción de la ley en la región –en términos subjetivos *soft law*–<sup>23</sup> y por ende del poder y del autocontrol de la acción pública<sup>24</sup>. Es decir, se da el tránsito de un sistema cerrado hacia un sistema abierto de fuentes jurídicas, dotando a entidades administrativas independientes de la capacidad de crear estructuras jurídicas vinculantes de carácter general. Lo cual evidencio una nueva dimensión de la regulación que escapa al control del legislador, desarrollándose una lógica sectorial del poder público en contra vía a una lógica piramidal. El poder de la administración se fracciona en entidades administrativas donde es necesario implantar la técnica de la coordinación administrativa más allá de la jerarquía administrativa.

A nivel mundial, el caso DS90 *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products* del Tribunal de apelaciones de la OMC, nos presenta el clásico problema de las restricciones al comercio, que el tribunal de apelaciones de la OMC debe resolver. El caso conoce el problema de la India y las restricciones que aplica a la importación de productos desde los EEUU. Restricción que es contestada el 15 julio de 1997 por los Estados Unidos ante la OMC. La India argumenta en su defensa que

---

<sup>23</sup> “El auge del *soft law* como fuente autónoma con vocación de generar efectos jurídicos es un fenómeno que tiene su origen en el siglo XX en el campo del derecho internacional. En el contexto de las relaciones exteriores, los Estados integrantes de la Comunidad Internacional han desplegado un conjunto de prácticas tendentes a la creación de normas con efectos indeterminados”. Sarmiento, D. *El soft law administrativo*. Thomson Civitas; 2008.

<sup>24</sup> Ver Chevallier J, *L’Etat post-moderne*, Paris: LGDJ, 2004.

dichas restricciones son impuestas en el marco del cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el FMI para equilibrar la balanza de pagos. Los argumentos de la India no son aceptados y es condenada. Ahora, lo remarcable del caso es que la dimensión del proceso deja de ser un asunto entre Estados por el comercio, y pasa a ser lo que se conoce como: "*une affaire d'équilibre institutionnel entre organes internationaux.*"<sup>25</sup> Entre el FMI y la OMC, ya que el tribunal de apelaciones de la OMC sanciona a la India y no reconoce sus excepciones. Las razones es que ella –la OMC- es la única organización internacional con tribunal –jurisdicción- en materia de comercio, por tanto sus decisiones gozan del principio de la aplicación directa. Las ramificaciones de esta decisión tienen consecuencias profundas en el panorama jurídico de un derecho económico mundial en formación y en la idea de una gobernanza del mercado mundial entre los poderes globales.

Entonces, tales fenómenos sobre la reorganización de los poderes públicos a nivel nacional, regional y mundial, cuestionan la centralización del poder, obligando a redefinirlos. Para lo cual es necesario observarlos dentro del desarrollo sistémico de la gobernanza, con el objetivo de comprender sus roles como actores y percibir su real dimensión. Así, la construcción de la norma jurídica como "expresión de la voluntad general" no es más el producto de un poder público en forma piramidal. Ella es el resultado del proceso de dialogo de un sistema complejo de poder y contra-poder en permanente movimiento a nivel global; haciendo evidente la multiplicación de los actores de poder. Por lo tanto, el fenómeno de la mundialización del derecho –que constitucionaliza al derecho internacional público en beneficio de prácticas *trans* y *supranacionales*-, conduce a reconocer un status de derecho positivo a conceptos jurídicos que tienen una vocación universal, y conduce a reconocer la pluralidad de los actores de poder y de las fuentes de derecho. Incluso si apenas se trata de un inicio, este reconocimiento es ya concebido por los partidarios del relativismo jurídico como una provocación<sup>26</sup> el fin de la soberanía como concentración del poder.

### *1.2. La multiplicación de los actores de gobierno y el alba de una soberanía en plural.*

El constitucionalismo contemporáneo reinterpreta la separación de los poderes públicos hacia una forma abierta dentro de la

---

<sup>25</sup> Ver la Jurisprudence de l'OMC 1999-2002, Sous la direction de Brigitte Stern et Helene Ruiz Fabri. Martinus Nijhoff Publishers, LEIDEN – BOSTON 2008. Avec le soutien du CERDIN et de l'université Paris 1 Panthéon – Sorbonne.

<sup>26</sup> Delmas-Marty M, *Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho*, Conferencia en el College de Francia. Curso: Lo Relativo y lo Universal. 2003.

sociedad, en la cual el poder no solo debe estar separado en la esfera pública, sino igualmente en las relaciones sociales, tanto nacionales y regionales. Cambio que está marcado por dos hechos. De una parte, el constitucionalismo contemporáneo define la separación del poder desde la sociedad y no desde las esferas públicas. La Constitución se transforma en una herramienta de construcción de sociedad, demandando que todos los poderes sociales estén separados. El constitucionalista francés D. Rousseau afirma:

“Un nuevo horizonte, más complicado, se abre igualmente para la separación de los poderes. Tanto que la Constitución tiene por extremo al Estado, la exigencia de la separación no se aplica a los poderes públicos del Estado, esto significa, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, pero cuando la Constitución se despliega para proteger a la sociedad, el campo de esta exigencia se extiende a la sociedad misma y ordena que estén separados los poderes que la constituyen.”<sup>27</sup>

De otra parte, la Constitución no está más determinada por los problemas institucionales, los derechos fundamentales toman una plaza estructural en el cuadro constitucional. Deja, entonces, la Constitución de ser una estructura política, para transformarse en normativa, en el espíritu jurídico de la identidad social. Por consiguiente, la sociedad y sus relaciones internas e internacionales son constitucionalizadas, y la Constitución se transforma en un asunto de dominio jurídico, organizando el tránsito de la democracia política hacia la democracia constitucional como D. Rousseau lo señala.

Por su parte, la garantía y protección de los derechos fundamentales, amplían el campo de intervención de la jurisdicción constitucional, obligando a desarrollar una visión de la separación de los poderes más allá de la institucional. Así, si una decisión privada pone en duda la garantía y goce de derechos fundamentales, el juez constitucional debe limitar tal poder, restringir su campo de acción, garantizando que tal decisión no se ejecute. Es un ejercicio que denominaremos de Gobernanza Sistémica, donde se demanda un equilibrio institucional en las estructuras del poder público y privado, y donde la soberanía toma una dimensión sectorial más que territorial. Al respecto dos casos nos dan una aproximación sobre la redefinición de las relaciones entre público y privado, y el retorno a un concepto de soberanía en plural.

Respecto del primer caso, la sentencia T-201/04 *Microsoft Corporation/ Comisión de las Comunidades Europeas*, nos ilustra

---

<sup>27</sup> Rousseau, D. “La constitution aujourd’hui”. *Recueil des Cours*, vol. XV, A.I.D.C. 2005, projet inachevé, p. 187.

sobre la nueva dimensión de la regulación a las actividades privadas transnacionales y su influencia sobre los marcos jurídicos nacionales como sucedió en Francia; dejando entrever como una actividad privada del orden comunitario y global debe ser limitada para evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado, poniendo en peligro no solo la actividad de la competencia sino la garantía al ejercicio de libertades públicas. Microsoft fue condenado por el tribunal de Luxemburgo a pagar una multa de 497 millones de euros por prácticas de monopolio. La Comisión europea había exigido a Microsoft comercializar su sistema *Windows* sin el programa *Media Player*, y divulgar los protocolos necesarios para permitir la "interoperabilidad" entre *Windows* y los productos de la competencia. Estas exigencias no fueron aceptas por Microsoft. La sentencia termino por definir una práctica comunitaria de control a las actividades económicas globales que pongan en riesgo la libertad del mercado en la comunidad. En consecuencia, en Francia, bajo el principio del margen nacional de apreciación, la legislación termino por prohibir la venta ligada de productos informáticos sin dar alternativas. La organización *Detaxe* impulso una campaña para evitar que computador y sistema operativo fuesen considerados una única cosa. Tras tres sentencias favorables a la devolución de *Windows*, dictadas por el Tribunal de Gran Instancia de París, se obliga a los distribuidores franceses de computadores a incluir de forma separada el precio del 'software' preinstalado en la factura de compra de las maquinas.

P. Brunet manifiesta en un artículo titulado: "*Les juges européens au pays des valeurs (...)* esta posición parece haber recibido una consagración oficial en derecho positivo francés." El Consejo Constitucional, con fundamente en el artículo 88-1 de la Constitución, impuso al legislador francés la obligación de trasladar las directivas comunitarias precisas e incondicionales a la norma nacional, salvo normas que contengan una prohibición expresa por parte de la Constitución por atentar contra reglas o principios inherentes de la identidad constitucional de Francia <sup>28</sup>.

En este caso, los principios comunitarios y los derechos fundamentales se convierten en instrumentos de orientación de la estructura jurídica, tanto a nivel comunitario como nacional, bajo un doble vector de la soberanía y su defensa; posesionándose el juez constitucional francés y el tribunal comunitario como actores determinantes del escenario político. Se desarrolla, una extensión de

---

<sup>28</sup> Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, §7 et Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, § 17 à 20.

la interpretación sobre la separación de los poderes y de la protección de la soberanía.<sup>29</sup>

El segundo caso es sobre la regulación de las políticas económicas privadas en Colombia. En la decisión C-700 de 1999, la Corte Constitucional Colombiana, trata sobre la constitucionalidad del Decreto 663 de 1999, concerniente al estatuto orgánico del sistema financiero. El caso nos presenta una dimensión del control constitucional que va más allá del control jurídico sobre las decisiones públicas y privadas. El juez consideró la necesidad constitucional de regular el crédito de la banca privada. En ese caso, invocó la responsabilidad que tiene el Estado de controlar la actividad financiera, puesto que tal actividad constituye un servicio público determinante para la sociedad, como lo es la garantía del crédito, y más del crédito de vivienda. En términos de la corte: "Según la Constitución, no es posible considerar la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas como un asunto aparte a la responsabilidades del Estado. Por el contrario, las autoridades son responsables por mandato de la Constitución de garantizar la adquisición de la vivienda e igualmente su pago en condiciones adecuadas"<sup>30</sup>. El juez constitucional evoca la responsabilidad de los actores privados, no solo por el incumplimiento de sus obligaciones comerciales, sino por el incumplimiento de sus obligaciones democráticas, respeto del pacto constitucional que cohesionan a la sociedad. Es un tipo de obligación política que se hace jurídica y exigible.

Respecto del derecho comunitario andino, el derecho colombiano vive una realidad paralela a la de Francia, en una dimensión menor pero no menos importante. La Corte Constitucional colombiana en reiteradas decisiones (C-231/97, C-864/06, Auto 056/07) y el Consejo de Estado de Colombia, mediante la práctica del recurso de consulta prejudicial, en un número mayor de decisiones (CE-SEC1-EXP11001-03-24-000-2001-00008-01(6749) han reconocido permanentemente la primacía y aplicación directa de la norma comunitaria dentro del derecho interno nacional, como un espacio de control jurídico reservado al Tribunal Andino, en el cual las

---

<sup>29</sup> Numerosos juristas, en especial en Europa, designan a este fenómeno como "Pluralismo Jurídico". Este término es utilizado para entender la complejidad de las relaciones de los sistemas, jurisdicciones y actores del derecho contemporáneo, donde unos y otros parecen dependientes e independientes a nivel nacional, comunitario y mundial. El jurista escocés Neil MacCormik profesor de derecho público en la universidad de Edimburgo y miembro del parlamento europeo, contribuyo notablemente a desarrollar este concepto desarrollando modelos de aproximación entre el derecho europeo y las estructuras jurídicas nacionales. Ver Cormick M, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1998 not. chap. 7.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Decisión C-747 de 1999.

altas cortes colombianas aceptan una jerarquía jurídica. Desde 1975 con la decisión del 25 de febrero la Corte Suprema de Justicia reconoció la posibilidad constitucional de trasladar competencias nacionales a un órgano regional. La corte constitucional ha aplicado el principio de la "autolimitación" al aceptar que materias que corresponden al derecho comunitario (Auto 056/07) no puedan ser analizadas por el juez nacional, pero su ejecución debe ser asumida por el ordenamiento interno, sin haber recurso alguno en el orden nacional frente a decisiones del orden comunitario, fraccionándose la soberanía a nivel regional y sectorial.

A nivel global la OMC<sup>31</sup> en los casos: DS/26 DS/48 *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* definió que las políticas de comercio y de inversión internacional deben estar guiadas por los principios de proporcionalidad y precaución.<sup>32</sup> Adopto estos principios del derecho internacional público y del derecho constitucional para desarrollar una actividad de intervención en los asuntos privados, más allá de la obligación sinalagmática, y de la responsabilidad por el daño causado. La dimensión constitucional se hace parte activa de decisión privada, interviniendo en las decisiones de los poderes que influyen en la sociedad y el mercado. El juez mediante el principio de precaución, desarrolla, una dimensión de la responsabilidad de los inversionistas hacia el futuro, no por los daños causados, sino por los daños que se puedan producir al ejecutarse o al no ejecutarse prácticas que generen riesgo o eviten el riesgo, como fue analizado por la OMC en el caso *DS/18 Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*.

Entonces, dentro del desarrollo de la gobernanza estamos asistiendo al desarrollo de un derecho fuera de la lógica nacional e

---

<sup>31</sup> "El "principio de precaución" es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras antes de contar con una prueba científica completa de un riesgo; es decir, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa. Este "principio de precaución" o enfoque precautorio se ha incorporado en varios acuerdos internacionales sobre el medio ambiente y hay quien afirma que actualmente está reconocido como un principio general del derecho internacional en materia de medio ambiente." Organización Mundial del Comercio, <http://www.wto.org> .

<sup>32</sup> En el Consejo Europeo en diciembre del 2000 en Niza, los estados miembro de la UE precisaron el principio de precaución. Cuando una evaluación pluridisciplinaria, contradictoria, independiente y transparente, realizada sobre la base de datos disponibles, no permite concluir con certeza sobre un cierto nivel de riesgo, entonces las medidas de gestión del riesgo deben ser tomadas sobre la base de una apreciación *política* que determine el nivel de protección buscado. Dichas medidas deben, cuando es posible la elección, representar las soluciones menos restrictivas para los intercambios comerciales, respetar el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta riesgos a corto y a largo plazo, y por último ser reexaminadas frecuentemente de acuerdo con la evolución de los conocimientos científicos.

internacional, y más próximo a la lógica comparada. Un derecho que es producido por una diversidad de actores desde una pluralidad de jurisdicciones, y donde la sectorialización de los conflictos define los marcos de soberanía e intervención, más allá de la lógica territorial. Una soberanía de sectores más que de territorios. Un derecho transversal más que horizontal.

## **2. La dimensión jurídica de la gobernanza: la construcción jurisprudencial de la igualdad compleja.**

### *2.1. Los derechos fundamentales: un espacio universal de periferias jurídicas.*

Los derechos fundamentales son la conceptualización de los valores sobre los cuales se fundamenta el derecho y la práctica jurídica contemporánea. Desde el comienzo es necesario reconocer la doble génesis histórica de los Derechos Fundamentales. La primera es la génesis norte americana en su declaración de independencia de 1776; la cual se inscribe en un concepto teológico de la dignidad humana aportada por Dios.<sup>33</sup> Y la segunda es la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa, bajo el significado de una génesis racional e histórica donde no es Dios el garante de tales derechos, sino la razón y la condición del mismo hombre.<sup>34</sup> Estas dos definiciones determinan dos formas diferentes de análisis y protección de los Derechos. Toda definición está ligada a una tradición histórica y política sobre los mismos.

Igualmente, podemos hacer dos lecturas contemporáneas en la doctrina jurídica. La primera en cabeza de R. Alexy, en su obra *Theorie der Grundrechte* (1985), quien ha buscado construir no solo una definición de lo que son los derechos fundamentales, sino que va más allá de una declaración normativa en la Constitución. Ha procurado ir hacia la construcción de una teoría, integrando sus tres dimensiones: la analítica (la ley), la empírica (en cabeza de la interpretación del juez) y la normativa (como aplicación de la decisión). Afirma: "una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental es una teoría inserta en el contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea de la ciencia del derecho"<sup>35</sup>. "De lo que se trata es de un sistema ordenado lo más claramente posible de enunciados universales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales"<sup>36</sup>. La segunda lectura la encontramos en un autor

---

<sup>33</sup>, La Declaración unánime de los trece Estados unidos de América, en CONGRESO, 4 de julio de 1776.

<sup>34</sup> Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 26 de agosto de 1789.

<sup>35</sup> Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2002, p. 34.

<sup>36</sup> Ídem,

como R. Dworkin<sup>37</sup> en su obra *Taking rights seriously* (1977), donde la protección de los derechos está ligada a un sistema axiológico particular, es decir a su interpretación del derecho estadounidense. Para él, tal proceso de definición y concreción de los derechos fundamentales obedece a que los derechos fundamentales son principios complejos en sí mismos que no logran ser definidos, pasan de una visión universalista a una visión universal desde la pluralidad de las tradiciones y sistemas jurídicos y donde el juez, ante un "caso difícil", se ve en la necesidad de completar y hasta cierto punto corregir el Derecho explícito.

"Su deber fundamental (juez) es establecer qué decisión está ordenada por la aplicación consistente de las reglas, los principios y las decisiones judiciales existentes en la práctica jurídica de cada comunidad. Cuando dos alternativas de solución encajen en igual grado en esta práctica, se debe escoger la que esté mejor justificada a la luz de las convicciones morales y políticas subyacentes a las normas e instituciones de la comunidad."<sup>38</sup>

Él trata a los derechos como núcleo y justificación de la ley, hacia una visión integral de la norma tanto jurídica como moral. Sin embargo, de tal enfrentamiento emerge un interrogante:

Tanto la doctrina de Alexy como la teoría de Dworkin no están distantes en lo esencial, comparten la idea de un orden jerarquizado de las normas jurídicas donde existe un valor superior de los principios como orientadores del sistema jurídico y le otorgan al juez un papel protagónico en tal proceso. ¿Pero cuál se aproximaría con mayor coherencia a la idea de gobernanza sistémica? La doctrina de Alexy concibe una lógica jurídica general y ve al derecho bajo una dimensión argumentativa y lógica. Por el contrario Dworkin concibe una lógica jurídica particular y múltiple bajo contextos culturales y morales. La gobernanza demanda de lo jurídico el reconocimiento de la pluralidad y la construcción de un sistema jurídico con asimetrías pero no por ello menos eficiente. El pluralismo jurídico es la característica del modelo jurídico, por lo tanto la dimensión de Dworkin está más próxima a la construcción del derecho en la era de la gobernanza.

Ahora, dos casos nos muestran el fenómeno a partir de la práctica del derecho, desde dos dimensiones jurídicas diferentes en el espacio y en su evolución. El primero desde la doctrina del corte

---

<sup>37</sup> Ver Dworkin, R. *Taking rights seriously*. Londres: Gerald Duckworth & Co. Ltd.; 1977.

<sup>38</sup> Rodríguez, C. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Nuevo Pensamiento Jurídico; 1997, p. 80.



constitucional colombiana, y el segundo desde la doctrina del tribunal constitucional alemán. La doctrina de la corte constitucional ha se ha creado bajo la influencia de varios centros de producción teórica del derecho, desarrollando un permanente mestizaje doctrinario. Dos casos nos ilustran. De una parte, la sentencia C-221 de 1994 por medio de la cual se despenalizó el consumo de drogas, al reconocer la existencia de principios superiores como la libertad y el libre desarrollo de la personalidad respecto de las reglas o leyes. Idea sustentada bajo la doctrina de Dworkin, donde el juez cumple una función de garante y de corrector moral de la norma.

“La filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Por tanto, si del texto de una norma pudiera desprenderse una conclusión a tono con una ideología de esa naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella un sentido que no rompa abruptamente el sistema sino que lo preserve. Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable (...) La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena (...) Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales”<sup>39</sup>

De otra parte la corte se apropia de la doctrina de Alexy al tratar la despenalización parcial del aborto en su sentencia C-355 de 2006, donde realiza un estudio comparado sobre la proporcionalidad, y se ve obligada a adecuar principios jurídicos para determinar cuál de ellos da tránsito a otro poniendo en práctica la técnica de la proporcionalidad y el recurso de la razonabilidad.

“La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales. Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del

---

<sup>39</sup> Sentencia C- 221 de 1994, Corte Constitucional de Colombia.

aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional."<sup>40</sup>

Ciertamente, no es posible determinar una línea doctrinaria y axiológica definitiva, pero sin embargo si es posible identificar dos hechos comunes (evidentes) a las dos decisiones. El primero es la importancia del juez, en tanto que actor que interpreta la norma constitucional y la dota de sentido. Y el segundo hecho que los derechos fundamentales se encuentran en permanente confrontación y allí el juez asume una función de coordinador jurídico, bajo el principio de la proporcionalidad. Sin embargo, en las decisiones se desarrolla una tercera dimensión que no es evidente para el Derecho. Las decisiones, no solo deben ser jurídicamente posibles sino técnicamente reales y eficientes. La decisión crea un impacto dentro de la sociedad, lo que pone en marcha a la administración para cumplir sus finalidades políticas o limitar tales finalidades a valores morales y políticos enmarcados en la Constitución y los instrumentos internacionales.<sup>41</sup> La gobernanza demanda que el juez vislumbre al Derecho, no solo como la aplicación de postulados normativos; bajo premisas verdaderas o falsas y una técnica de argumentación lógica. Demanda reconocer que la ejecución de una norma es la ejecución del sistema Estatal en su integralidad (político, ideológico y administrativo). Entonces, el impacto técnico-económico de la decisión judicial es parte inevitable del debate jurídico en Colombia.

Ahora, en el derecho europeo podemos resaltar la decisión del tribunal constitucional alemán del 2 de marzo de 2010, donde la tradición de R. Alexy se enmarca, la cual declara inconstitucional la ley penal de 2008 que permitía el almacenamiento por seis meses de datos de telecomunicaciones (celular, internet, GPS) para la persecución de delitos y la prevención de acciones terroristas. Los jueces consideraron que la ley viola flagrantemente el derecho al secreto de las telecomunicaciones, la intimidad, así como el principio de proporcionalidad. Determinaron además que los datos almacenados debían ser eliminados "inmediatamente". Sin embargo, es de resaltar que el tema de la protección jurídica de las bases de datos ya había sido materia tratada por el tribunal europeo de justicia en variadas sentencias "C-46/02, C-203/02, C-338/02 y C-444/02 (9 de noviembre de 2004)" reglamentando su utilización. Al respecto, el tribunal constitucional alemán invocando el principio del margen

<sup>40</sup> Sentencia C-355 de 2006, Corte Constitucional de Colombia.

<sup>41</sup> Ver Sierra, C. G, *El juez constitucional, un actor regulador de políticas públicas*, Bogotá: Ediciones Rosaristas; 2009.

nacional de apreciación (en la interpretación y aplicación del derecho comunitario para adaptarlo al ordenamiento interno), considero que la directiva comunitaria solo regula el nivel de almacenamiento pero no su acceso y empleo por parte de las autoridades de los Estados miembros. Por tal motivo la justicia constitucional alemana desarrolla una actividad de interpretación, complementación y de adaptación del derecho comunitario al margen nacional<sup>42</sup>. Procurando una interpretación particular de una directiva comunitaria sobre el manejo y regulación de las bases de datos, para garantizar la protección de derechos fundamentales, bajo la aplicación de la proporcionalidad como regla de análisis de constitucionalidad de la ley alemana. Ahora, la decisión del juez alemán en un principio está enmarcada dentro de una práctica meramente jurídica guiada por la razonabilidad. Sin embargo, en un segundo momento la decisión materializa una decisión técnica de gobernanza al delimitar los contornos de la política de seguridad y lucha antiterrorista, no solo en el espacio geográfico alemán, igualmente en la política de seguridad en Europa; al tratar un tema transnacional como el terrorismo. Lo cual, tiene implicaciones regionales de gran profundidad.

Por todo lo anterior, la protección de los derechos fundamentales realizada mediante la interpretación que hace el juez de los principios constitucionales como la vida, la libertad o la intimidad, abre una definición dinámica y plural de los mismos, sustentada en la diversidad de los sistemas y las culturas jurídicas. Determinando que esas lecturas particulares respecto de tales realidades transversales, orienten decisiones de gobernanza global, respecto de las cuales el juez realiza una lectura compleja, teniendo en cuenta el impacto de la misma. Esto determina una construcción multisectorial de la gobernanza con un marcado acento jurídico sobre lo técnico, una administración de los alcances de la gobernanza desde el derecho. Así el margen nacional de apreciación, la subsidiariedad y el principio de proporcionalidad se definen como la brújula y el astrolabio para navegar en esta lógica de lo plural y lo universal de la gobernanza desde las periferias del derecho.

## *2.2. La igualdad y los derechos sociales una práctica de gobierno jurisprudencial.*

En la primera Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, la libertad ocupó una plaza privilegiada, fue concebida como el derecho fundamental del hombre, y la igualdad ocupó un segundo rango. Por el contrario, en el texto de 1793, la igualdad es asignada en primer rango, antes que la libertad. La Declaración del 24 de junio

---

<sup>42</sup> Federal Constitutional Court - Press office -, Press release no. 11/2010 of 2 March 2010, Judgment of 2 March 2009, - 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 -, <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

de 1793 indicó que la igualdad es dada por la naturaleza y delante de la ley, es decir, que la ley, como expresión de la voluntad general, es la llamada a garantizar la igualdad dentro de la sociedad. Estas dos nociones son contradictorias, puesto que los derechos sociales, como expresión de la igualdad social, demandan la intervención del Estado en la vida de los individuos; entonces, la proclamación de los derechos y libertades tienden a circunscribirla, o al menos a limitarla<sup>43</sup>.

Existe, por tal razón, una divergencia jurídica entre los derechos de la igualdad y de la libertad, que conciernen al estatuto respecto del individuo y de la comunidad ante el Estado. Ulrich Beck, indica que la plaza ocupada por los derechos sociales en la temática contemporánea señala el carácter dinámico y abierto de una libertad que no se afirma a riesgo de comprometerse ella misma. La libertad, para conservar su efectividad, debe ser contestada por una reivindicación igualitaria<sup>44</sup>. La libertad significa el proceso mismo mediante el cual los hombres se apartan de su propia naturaleza, transformándose en miembros de una comunidad política. La igualdad como derecho toma todo su sentido en una sociedad altamente diferenciada, en la cual los individuos reafirman sus libertades de forma egoísta. La sectorialización de las políticas públicas y el reino del hipersubjetivismo en las sociedades contemporáneas acentúan esta antinomia dentro de la gobernanza global.

Es de resaltar que, entre 1966 y la Conferencia de Helsinki en 1975, los derechos económicos, sociales y culturales se transformaron en objetivos de la acción del Estado en Europa. Los Estados son constreñidos a poner en obra las acciones necesarias para garantizar la realización de esos fines. Es decir, los derechos económicos y sociales solo son posibles en la medida en que existan políticas públicas que los materialicen desde la acción o mandatos objetivos de la administración. Por su parte el PNUD desde mitad de la década de los 90 (1995-1997) ha hecho hincapié en un enfoque de la gobernanza global que haga énfasis en la promoción del desarrollo humano en armonía con el desarrollo de los mercados; identificando cuatro dimensiones de ella. Dos de las cuales son: la dimensión económica de la gobernanza con libertad y desarrollo de los mercados y una cuarta que es la dimensión sistémica de la gobernanza con desarrollo social e igualdad de oportunidades dentro

---

<sup>43</sup> Schmitt, C. *Théorie de la Constitution*. Paris: PUF; 1993, chapitre VIII, pp. 211-223.

<sup>44</sup> Beck, U. *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*. Paidós; 2002, p. 65.

de la sociedad.<sup>45</sup> Así, dentro de la dimensión sistémica la igualdad se define en el sentido de toda acción pública. Resultando las políticas públicas ser garantía concreta de esta. Sin embargo, todo modelo económico y de acción pública se enfrenta al clásico problema de la escases de los recursos. Por ello, la administración al procurar la distribución de los bienes sociales, se pregunta ¿bajo qué tipo de igualdad? y ¿cómo construir un concepto de igualdad positiva dentro de una sociedad sectorializada y rival?

La igualdad compleja surge como un criterio de análisis. Según Michael Walzer, la igualdad compleja es una "situación social" en la cual ningún grupo social puede dominar a otro, bajo un parámetro o principio, en el proceso de distribución de los bienes. Es una situación donde se favorece un principio distributivo abierto para resistir a la dominación.<sup>46</sup> De acuerdo con este autor, los bienes sociales son distribuidos por diversas razones entre los distintos grupos de personas<sup>47</sup>. Pero ¿quién debe hacer la defensa de la igualdad compleja?

La igualdad demanda ser construida y para ello se emplea acciones públicas y desarrollos normativos amplios, resultando responsabilidad del juez constitucional interpretarlos. Es una función jurisprudencial de reconstrucción y concretización de la norma.<sup>48</sup> El control de constitucionalidad es, no solamente, un control jurídico formal de contenido de la ley, sino un control político de igualdad. La administración se encuentra limitada por cuanto "el interés general" ha devenido en una idea abstracta y sectorialmente parcelable dentro del Estado y sus actores; quienes se ubican en permanentes rivalidades sectoriales<sup>49</sup>.

Se transforma, entonces, el juez en un actor que detenta la capacidad de definir la forma de distribución de los bienes sociales y limitar derechos en el momento de regular la estructura normativa de las políticas públicas y de realizar la readecuación interpretativa de la norma desde el análisis jurisprudencial de los antecedentes y los principios constitucionales. Significa que la jurisprudencia constitucional construye un concepto distributivo de los bienes. Es un

---

<sup>45</sup> Haldenwang, C. "Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina". *Revista de la Cepal* 85, abril 2005, p. 38.

<sup>46</sup> Camilo Enciso, *La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional Colombiana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

<sup>47</sup> Walzer, M. *Thick and thin. Argument moral at home and abroad*. Indiana, USA: University of Notre Dame Press; 2002, p. 32.

<sup>48</sup> Sierra Cadena Grenfieth, *El juez constitucional un actor regulador de políticas públicas*, Bogotá, Ediciones Rosaristas. 2009. p 32-33.

<sup>49</sup> Ver Sierra, C.G. *El juez constitucional un actor regulador de políticas públicas*. Bogotá: Ediciones Rosaristas; 2009-

proceso de adecuación constitucional de la acción y de la decisión administrativa. Esto sin duda es polémico, ya que las políticas públicas son mandatos objetivos para la administración y se encuentran dentro de su esfera de decisión de hacer o no hacer, algunos autores consideran que el juez debe solo cumplir una función de constatación de la ley -en tanto norma jurídica- dictada por el legislador y el control de constitucionalidad se debe limitarse a la verificación argumentativa y retórica de esta, sin mayores inclusiones en el campo de la política y menos del gobierno. Y donde la finalidad es la concretización de la Constitución en tanto que norma, por tanto la interpretación jurisprudencial del juez es un producto accidental del proceso mas no su finalidad, como lo anota el profesor austriaco O. Pfersmann<sup>50</sup> y P. Muller en la teoría clásica de los actores de las políticas públicas<sup>51</sup>.

Sin embargo, en la medida en que la realización efectiva de derechos individuales se encuentra ligada a la materialización de derechos sociales, el juez constitucional encuentra legitimidad constitucional para intervenir en el desarrollo de las políticas públicas, buscando con ello garantizar derechos subjetivos. Para lo cual realiza acciones correctivas sobre acciones públicas que pongan en peligro inmediato derechos fundamentales concretos como la vida respecto de la salud o la igualdad respecto de la educación. R. Uprimny manifiesta el respecto.

“si los derechos sociales son límites normativos que deben ser respetados por las mayorías políticas, es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. Y nuevamente es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social”<sup>52</sup>

B. Pulido, presentando la teoría de Robert Alexy, manifiesta que los derechos sociales encuentra su sentido material en posiciones *Prima Facie*. Es decir que el juez encuentra justificación de intervención siempre que tal carácter subsista y no existan medios distintos para la materialización sustancial del derecho, la garantía de su ámbito normativo. Este ámbito normativo es oponible y exigible,

---

<sup>50</sup> Pfersmann O, *integración por vía jurisprudencial y derecho constitucional*, constitución e Integración, Universidad del Rosario, Banco Interamericano de desarrollo, Asociación Andrés bello. 2006, p; 191-199.

<sup>51</sup> Ver Muller, P. *Les politiques publiques*. Paris: PUF, Que sais-je?; 2004.

<sup>52</sup> *Legitimidad y Conveniencia del Control Constituciional a la Economía*, Este artículo se basa en trabajos anteriores del autor, en especial “Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC» en *Pensamiento Jurídico* No 13 (2000)

mediante el control constitucional al legislador y a la administración para que haga o deje de hacer.<sup>53</sup> Tal proceso de interpretación le otorga al juez un rol protagónico dentro de la determinación de los derechos sociales, pero ¿cómo definir ese trabajo del juez?

Ahora en la doctrina comparada podemos revisar a R. Dworkin, en su obra *Law's Empire*. Interpretando el derecho estadounidense, presenta el rol del juez dentro de él: "El trabajo del juez y de la jurisprudencia son la parte general de la deliberación jurídica"<sup>54</sup>. Ello significa que la deliberación jurídica representa un trabajo subjetivo de interpretación de la ley, no fundado sobre una idea abstracta de justicia, sino sobre ideas políticas y valores filosóficos concretos dentro del desarrollo de la ley, con el objetivo de construir una idea de igualdad compleja y de libertad en una sociedad como la norteamericana, la cual posee altos niveles de complejidad y diferenciación. En la jurisprudencia norteamericana contemporánea, desarrollada por la Corte Suprema, encontramos la cláusula *equal protection*, aportada por la XIV enmienda: "Se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los 'escrutinios' o 'tests' de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)"<sup>55</sup>, que trata de una escala de intensidades para la aplicación de la igualdad<sup>56</sup>. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado su jurisprudencia alrededor de los problemas concretos y los valores contemporáneos de su sociedad, y bajo una visión del poder en red (nivel federal y estatal) que garantice el pacto constitucional de la federación como Madison, J.; Jay, J.; Hamilton, A. en *The federal* lo definirían desde 1787<sup>57</sup>. La Corte Suprema en 1954, con su decisión del caso *Brown versus Board of education*, modifica una decisión cien años anterior del caso *Plessy versus Ferguson*<sup>58</sup>, mediante una argumentación guiada por los criterios del utilitarismo liberal, en los cuales está sustentada la Constitución americana. Trabajó la teoría de la igualdad compleja dentro de los ciudadanos, en el entendido de que es necesario el acceso libre a los recursos de la nación. Por lo tanto, toda limitación de acceso –en este caso a la educación en igualdad de condiciones–, y más por criterios de raza, es violatoria del espíritu liberal de la Constitución y de su XIV enmienda, debiendo cada Estado reconocer ciertos derechos que permitan identificar toda justificación colectiva

---

<sup>53</sup> Bernal Pulido, C. *Fundamento, estructura y origen de los derechos sociales una crítica a "¿existen derechos sociales?" de Fernando Atriada*, Universidad Externado. 2006, p 141.

<sup>54</sup> Dworkin, R. *L'empire du droit*. Paris: PUF; 1994, p. 104.

<sup>55</sup> Sentencia C-93 del 2001.

<sup>56</sup> Ver Bernal Pulido, C. *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 8-9.

<sup>57</sup> Ver Madison, J.; Jay, J.; Hamilton, A. *The federal*. Lawbook Exchange Ltd.; 2005.

<sup>58</sup> Ver caso *Plessy vs. Ferguson*, 163 us 573, 1896.

de la unión, bajo un criterio de "interés general"<sup>59</sup>. El juez se ubica como árbitro del proceso de construcción del "interés general". Dworkin (atacando el utilitarismo liberal) al respecto afirma:

"Los gobiernos tienen objetivos: ellos visualizan organizar las naciones que gobiernan como prósperas, [...] visualizan igualmente conservar el poder. Ellos utilizan la fuerza colectiva que monopolizan a sus propios fines como a otros. Nuestros debates sobre el derecho admiten [...] que el interés más abstracto y el más fundamental en la práctica jurídica consiste en guiar y en controlar el poder del gobernante de la forma siguiente. El derecho garantiza que la fuerza no debe ser utilizada o contenida, cualquiera que sea su utilidad, que a los fines que ella se propuso."<sup>60</sup>

Así, el desarrollo de la igualdad, como valor político, significa la realización del interés general, en cuanto principio jurídico de unión del espectro social y garantía de la misma libertad; como finalidad constitucional.

En la doctrina Latino-americana tres decisiones ejemplifican el proceso de construcción jurisprudencial de la igualdad. La primera dentro del contexto regional respecto de la Corte Inter-Americana y las otras dos en el contexto nacional respecto de Chile y de Colombia. Acerca de la primera, la CIDH en sentencia reciente: *Acevedo Buendía y Otros (cesantes y jubilaciones de la Contraloría) Vs Perú, Sentencia del 1 de Julio de 2009* rememora su línea jurisprudencia sobre la protección de derechos sociales y afirma lo siguiente:

"El Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los "derechos" económicos, sociales y culturales; "una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación"; así como "los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección", ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo "recogían en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires". La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Así, como parte del debate en los trabajos

<sup>59</sup> Ver caso *Brown vs. Board of education*, 347 us 486, 1954.

<sup>60</sup> Dworkin, *L'empire...*, op. cit



preparatorios, también se propuso “hacer posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.

De lo anterior podemos resaltar que la CIDH presenta tres dimensiones de la protección de los derechos sociales. La primera respecto del instrumento internacional de la convención donde los Estados en el artículo 26, suscribieron la obligación política de procurar protección jurídica a los derechos; bajo su vinculación en el boque de constitucionalidad. La segunda dimensión es la obligación jurídica de los tribunales nacionales para que tal garantía se materialice mediante la utilización del margen nacional de apreciación con el objetivo que la adaptación del instrumento se realice respetando la tradición jurídica de cada Estado. Y la tercera dimensión es la obligación regional en cabeza de la misma CIDH que debe velar porque el nivel de protección sea efectivo y corresponda a los objetivos y principios suscritos por los Estados, bajo la aplicación directa de las obligaciones internacionales y la armonización de la interpretación del instrumento.

Ahora, a nivel nacional vemos cómo la decisión del Tribunal Constitucional chileno del 26 de junio de 2008 reconoce el valor jurídico de tales obligaciones; mediante la tutela jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales. La decisión presenta la adopción de los principios desarrollados por la CIDH, dentro de la jurisprudencia nacional, y su proceso de adaptación a la estructura dogmática de su Constitución, donde la aplicación de tales derechos no es solo el cumplimiento de una obligación internacional, o la aceptación que tal instrumento es parte del derecho interno. Es además, el reconocimiento de que tales derechos son parte axiológica de la Constitución chilena y que su no protección desvirtúan el mismo marco constitucional. Por lo tanto el juez asume una posición de garante y ejecutor de dicha obligación:

“Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica (...)” “Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laporta, cit., pp. 304– 305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción,

convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización;<sup>61</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana se ha dado a la tarea de construir una dimensión jurídica de los mismos. Dentro de la jurisprudencia colombiana, el debate de la igualdad se produce en su más amplia dimensión bajo la Sentencia C-022 de 1996, donde el juicio de igualdad aparece con mayor claridad en sus varias dimensiones, reconociéndose una definición plural y la necesidad de juicios subjetivos para otorgar significado y protección en casos concretos.<sup>62</sup> En Sentencia T-406 de 1992, la Corte definió los pilares jurisprudenciales que determinan la capacidad de la Corte para intervenir, a través del control de constitucionalidad de la ley o mediante la protección de constitucionalidad, en el desarrollo de los derechos fundamentales, dentro de asuntos donde los derechos sociales sean gravemente violados<sup>63</sup>. Por ello, la Corte ha considerado que la importancia de proteger los derechos fundamentales y de intervenir en su desarrollo está ligada a la parte dogmática de la Constitución, en la necesidad de construir una definición del tema y en una decisión concerniente a los límites de los derechos sociales. Igualmente la Corte ha fijado los límites (auto estatus) desde donde puede ella misma desarrollar el rol de actor regulador, a través de las técnicas de "interpretación conforme"<sup>64</sup> de la ley, imponiendo, el juez, el sentido de la norma a los otros poderes públicos; instituyendo el precepto según el cual los derechos sociales deben ser prestados, con un criterio distributivo, a todos los miembros de la sociedad. El criterio distributivo es el fundamento de derecho sobre el cual el juez basa el control constitucional y el orden promulgado por la Constitución. Es así como, en la decisión C-636 de 2000, la Corte colombiana pronuncio los términos sobre los cuales se debe guiar la

---

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerandos 27° y 28°.

<sup>62</sup> La Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado "test" o juicio de igualdad: 1. Un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad. 2. Un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad. 3. Un original "juicio integrado de igualdad", que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Decisión T-406 de 1992.

<sup>64</sup> "El recurso a esta técnica es cada vez más frecuente en la jurisprudencia constitucional alemana, como fuera en otras jurisprudencias, y repite el mismo rol que en aquella: "La interpretación conforme aparece lo más frecuente como una operación de rectificación normativa que permite aglutinar 'las trazas' de la producción normativa sin regresar la ley al taller. El juez depura definitivamente la inconstitucionalidad y rectifica él mismo el derecho viciado, forjando la solución del derecho positivo aplicable." Favoreu, L. *Les cours constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, Que sais-je?; 1986, p. 62.

prestación de los servicios públicos: "La prestación del servicio debe cubrir las necesidades de todos los habitantes del territorio nacional, a quienes se les debe asegurar una prestación eficaz, los destinatarios utilizadores son titulares de esas necesidades y ellos exigen, por consecuencia, su satisfacción"<sup>65</sup>. En consecuencia, el servicio público es definido por la Corte colombiana como un bien estructural de la sociedad que debe ser garantizado a todos los ciudadanos. La protección que hace la Corte busca dotar a los ciudadanos de bienes esenciales para estabilizar una sociedad altamente desigual, que demanda prácticas igualitarias. En fallo C-955 de 1999, la corte colombiana había desarrollado el principio *de los gastos soportables* (los gastos del hogar que entraña la vivienda deben estar a un nivel tal que no se impida la satisfacción de otras necesidades básicas), relacionados con el derecho social a la obtención de una vivienda digna. Tal tesis fue producto de la apelación que hizo la Corte al pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 4, en calidad de intérprete autorizado del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 9, ha precisado el rol que le cabe a los tribunales nacionales para que los postulados políticos del Pacto se hagan efectivos:

"[...] A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad."<sup>66</sup>

Podemos decir, entonces, que la idea de la igualdad escapa a la sola decisión de la administración o a la del legislador. Ella debe ser construida mediante un desarrollo jurídico por parte del juez. Es una decisión de Gobernanza sistémica en todos los campos del espectro social y donde el orden internacional en cabeza de Naciones Unidas demanda que los sistemas jurídicos nacionales y regionales (CIDH, CESDH) intervengan en su garantía, protección y desarrollo. En decir que la igualdad compleja toman una dimensión de justiciabilidad transversal y horizontal donde las jurisdicciones regionales y

---

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Decisión C-636 del 2000.

<sup>66</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 9. "La aplicación interna del Pacto". 1998. Párrafo 10.

nacionales edifican conexiones; mediante un dialogo mundial de jueces, dentro de un concepto de gobernanza sistémica global en construcción.

## Conclusión

Toda idea de buena gobernanza que se precie de ser, demanda que estas lógicas que son contradictorias en apariencia deben aprender a coordinasen. Crecimiento económico y desarrollo social, centro y periferia, poder y contra-poder son dos dimensiones de una misma realidad.

Por lo tanto, el poder judicial en las democracias liberales se está re-institucionalizando como una entidad capaz de organizar una idea de constitucionalismo *-Imperium-* con vocación regional y mundial; materializando el principio que está inscrito sobre las columnas de la Corte Suprema del Estado de New York: "*The true administration of justice is the firmest pillars of good government*"<sup>67</sup> - hoy diríamos de una buena Gobernanza-. Debiendo evocar en este mundo contingente y sistémico, que se globaliza en la económico y se mundializa en lo jurídico, la frase de ese gran jurista francés Georges Ripert, quien rememorando la función civilizadora del derecho en la historia, entre las fuerzas conservadoras y progresistas, nos recuerda que: "*Seuls les juristes peuvent empêcher, dans la lutte des intérêts pour la création du droit, le triomphe du plus forts (...) contre les forces économiques, qui de plus en plus sont seules engagées dans la lutte, soutenir les forces morales qui peuvent atténuer les conflits*"<sup>68</sup>.

Entonces, la justicia constitucional dentro de la gobernanza vislumbra un modelo de orden internacional cosmopolita, un derecho común, capaz de aportar seguridad y orden en un mundo que se sustenta en la incertidumbre. Pero no es el derecho de la unificación o de la homogenización de los sistemas jurídicos lo que seduce. Al contrario es la reafirmación de la particularidad de cada sistema, una internacionalización pluralista, lo que determina que el derecho asuma a la gobernanza. La armonización de los sistemas y la construcción de principios y valores comunes alrededor de la refundación de los poderes globales; es lo que impulsa a la justicia constitucional a construir las bases de una nueva regulación mundial, desde las periferias jurídicas hacia los centros de producción del

---

<sup>67</sup> "Una verdadera administración de justicia es de los pilar más firmes de un buen gobierno". On the front of the 60 Centre courthouse is this inscription, taken from a letter of George Washington to the Attorney General in 1789: "The true administration of justice is the firmest pillar of good government." This remains both an inspiration and a challenge to the court, which continues to strive today, as it has for more than 300 years, to provide justice to the public of this great City and State.

<sup>68</sup> Ripert.G, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1995, P. 84.

derecho, desde el contra-poder constituyente hacia el poder constituido.