



CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

ESTUDIO SOBRE EL IDEAL DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA Y LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO
Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia
y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 727

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Gilda Bautista Ravelo
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Héctor Yeraldó Arias Alamilla
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

Estudio sobre el ideal deliberativo
de la democracia y la dogmática
constitucional del procedimiento
parlamentario



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2015

Primera edición: 7 de septiembre de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6885-4

*A mi mamá: Gloria Inés,
por enseñarme lo que significa el amor incondicional.*

*Y a los profesores
Mauricio García Villegas, Laura Clérigo,
Rodolfo Arango y Roberto Gargarella,
con perennes y sinceros sentimientos de afecto y gratitud.*

CONTENIDO

Prólogo	XI
Miguel CARBONELL	
Presentación y agradecimientos.	1
Introducción	5
CAPÍTULO PRIMERO	
CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO Y PRIMEROS ELEMENTOS	
DE LA CONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO	
COLOMBIANO EN 1991	23
I. Introducción	23
II. Antecedentes de la transición constitucional	30
III. Amparo político y validación jurídica al movimiento social	37
IV. Nacimiento y configuración del constitucionalismo colombiano ..	48
V. El poder del Poder Judicial en una democracia constitucional ..	58
VI. La rigidez constitucional frente a la problemática por su reforma/	
sustitución	70
1. Constitución maleable y constitucionalismo volátil	71
2. Posibilidad de reforma, imposibilidad de sustitución	78
VII. Elementos de las transformaciones del constitucionalismo latino-	
americano	89
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEPTUALIZACIÓN	
E INFLUJO EN COLOMBIA	103
I. Introducción	103

II. Problemática y génesis del concepto	107
III. Caracterización e intento de conceptualización	112
1. Constitución	115
2. Derechos	118
3. Poder Judicial y jurisprudencia	120
IV. El “nuevo derecho” como configuración local del neoconstitucionalismo trasnacional	122
1. Nueva Constitución política	125
2. Prácticas jurisprudenciales renovadas	129
3. Desarrollos teóricos novedosos	138
V. Neoconstitucionalismo, constitucionalismo aspiracional y constitucionalismo democrático	139

CAPÍTULO TERCERO

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? LA DEFENSA DEL DELIBERATIVISMO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO	145
I. La configuración democrática del constitucionalismo	145
II. El constitucionalismo democrático y los límites a la acción política	150
III. ¿Quién tiene la última (o la única) palabra en la interpretación constitucional?	153
IV. Los tribunales y la opinión pública	158
V. Cómo aumentar la legitimidad democrática de la Constitución ..	163
VI. El origen del constitucionalismo democrático	167

CAPÍTULO CUARTO

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL: RESPUESTA JUDICIAL A LA NECESIDAD DE REDUCIR LA DISOCIACIÓN ENTRE LAS CONSAGRACIONES DE LA NORMATIVIDAD Y LA REALIDAD SOCIAL	171
I. Introducción	171
II. Progresismo judicial y expansión constitucional material	176

III. Progresismo competencialmente no sustitutivo	182
IV. Necesidad de intervención judicial en la protección de los derechos constitucionales	184
V. La doctrina jurisprudencial del estado de cosas constitucional .	188
Caso 1: omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio	192
Caso 2: desplazamiento forzado	195
VI. Órdenes complejas para asegurar el goce efectivo de los derechos: el agua.	202
VII. A manera de conclusión. Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional.	207

CAPÍTULO QUINTO**CONTEXTO DE DISCUSIÓN Y ELEMENTOS MEDULARES**

DE LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA	217
--	-----

I. Introducción	217
II. Antecedentes de la democracia deliberativa	222
III. Una concepción normativa de la democracia basada en la deliberación	227
IV. El núcleo común de la democracia deliberativa	240
V. Viabilidad de los ideales deliberativos	251
VI. La teoría normativa de la deliberación y la investigación empírica	256
VII. Las virtudes que la deliberación le incorpora al proceso político	260
VIII. El escenario para la deliberación	263

CAPÍTULO SEXTO**NARRATIVA DEL IDEAL DELIBERATIVO EN LA JURISPRUDENCIA**

CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	271
-------------------------------------	-----

I. Introducción	271
---------------------------	-----

II. Normas adscritas y desmonopolización de la creación legislativa de derecho.	273
III. Constitucionalismo colombiano y modelo deliberativo de la democracia	276
IV. Línea jurisprudencial sobre oportunidad de deliberación en el procedimiento parlamentario	278
1. Debate, deliberación y votación.	279
2. Principio de instrumentalidad de las formas	286
3. Principios de consecutividad, identidad y unidad de materia ..	288
4. Publicidad de proyectos y de convocatorias a sesiones extraordinarias	301
5. Principio deliberativo y mayorías necesarias para aprobar proyectos	307
6. <i>“No taxation without representation”</i> y racionalidad deliberativa ..	311
7. Elusión deliberativa por falta de consulta previa	317
8. Relación entre amplitud deliberativa y capacidad de acción legislativa	322
V. Oportunidad de deliberación en lugar de debate cualificado	328
CONCLUSIONES GENERALES	335
I. Neoconstitucionalismo y justificación del derecho.	335
II. Realización del Estado social de derecho e implementación de la democracia deliberativa	339
III. Presupuesto de inconstitucionalidad por elusión deliberativa	343
Bibliografía	353

PRÓLOGO

Este libro de Leonardo García Jaramillo expone algunos de los temas más importantes de la teoría constitucional de nuestros días. Pero no lo hace desde el abstracto mundo de las ideas solamente, sino mirando con atención y detalle a nuestra complicada realidad latinoamericana.

Nuestro autor parte de una experiencia constitucional que es con toda probabilidad, la más rica de la región en las últimas décadas: la de su natal Colombia, que en medio de un momento convulso de su historia, en pleno asedio de las guerrillas y el narcotráfico, decide renovar por completo su marco constitucional y darse a la tarea de reconstruir al país con base en el llamado “nuevo derecho”.

La Constitución colombiana de 1991 es emblemática y ejemplar por muchas razones, pero quisiera señalar dos que me parecen especialmente importantes. Por un lado se trata de un texto bien redactado, con una gran sistemática, que recoge muchos de los grandes avances del constitucionalismo moderno, en parte tomados de las experiencias de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y de la Constitución española de 1978. No es casual lo anterior si consideramos que varias universidades colombianas tuvieron el acierto de enviar año tras año desde la década de 1980 a los mejores estudiantes de derecho a hacer estudios de posgrado en las más prestigiosas universidades alemanas y españolas.

Por otro lado, lo llamativo de la Constitución de 1991 que la vuelve única en nuestro mapa subcontinental es la aplicación que de ella ha hecho la Corte Constitucional. García Jaramillo lo pone de manifiesto en varias partes de su texto; pero quisiera sugerir al lector que se detuviera especialmente en el contenido del cuarto capítulo de la obra que tiene entre las manos, donde se expone el desarrollo jurisprudencial del tema, ciertamente complejo y novedoso, del “estado de cosas inconstitucional”.

Dicha tendencia jurisprudencial (que hasta donde mi información alcanza no cuenta con antecedentes en ningún otro país de América Latina ni se ha replicado por alguna otra jurisdicción constitucional) pone de manifiesto el profundo quiebre que existe en Colombia —pero no solamente allí— entre los mandatos constitucionales y la realidad que vivimos y sufrimos cada día.

Obviamente, como el propio García Jaramillo lo expone con magistral agudeza, el hecho de que la Corte se haya aventurado por la senda del “estado de cosas inconstitucionales” supone que la parte dispositiva de sus sentencias está mucho más nutrida y es mucho más compleja respecto de lo que se suele observar en la práctica de otras jurisdicciones constitucionales. Y supone también que con ese tipo de sentencias se vuelve borrosa o al menos algo tenue la frontera entre función judicial y función en el proceso de formación de las políticas públicas.

El libro aborda un importante elemento del derecho constitucional colombiano, que representa una valiosa novedad para el constitucionalismo latinoamericano y sus cambios paradigmáticos durante las últimas tres décadas. La Corte Constitucional ha instaurado una serie de estándares de constitucionalidad frente al Congreso, que en el libro se analizan respecto de aquellos relacionados con el vicio por elusión deliberativa; es decir, la vulneración a las normas que regulan el procedimiento parlamentario de leyes y reformas constitucionales. En la construcción de los estándares, que se identifican en el sexto capítulo, la Corte no ha amparado de manera formalista la normativa reglamentaria, sino que su enfoque se ha dirigido hacia los derechos y principios de rango constitucional que resguarda dicha normativa.

A juicio del autor, esta articulación entre la normativa legal y reglamentaria, y la principalística y la doctrina constitucional, permite afirmar que el constitucionalismo colombiano de 1991 adoptó un ideal deliberativo de la democracia. Como todo modelo normativo, este ideal no describe cómo funcionan las cosas en realidad, sino que prescribe cómo deben ser. De la democracia deliberativa interesa en este punto sobre todo su justificación epistémica, toda vez que el procedimiento democrático deliberativo es respetuoso de determinados valores sustantivos, y es por tanto adecuado epistémicamente para producir buenos resultados. El valor epistémico de la democracia deliberativa radica en que comporta un procedimiento político que ofrece mayores garantías para la justicia o corrección sustantiva de sus resultados.

Los estándares de constitucionalidad por elusión deliberativa demuestran que a partir del margen de acción del legislador la Corte ampara las disposiciones constitucionales, directamente o a partir de su resguardo por parte de la normativa reglamentaria, en vez de exigirle al Congreso cierto tipo de debate o un contenido particular del mismo. Los estándares construyen una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario en cuya fundamentación la Corte incorporó las disposiciones constitucionales, las leyes y los reglamentos —insumo básico de cualquier tribunal—, pero

PRÓLOGO

XIII

también una concepción teórica sobre los elementos formales y materiales de una democracia, y una teoría constitucional garantista de los derechos de las minorías políticas y del principio democrático.

En lo personal, admiro profundamente la tarea realizada por la Corte Constitucional, por la que han pasado algunos de los mejores juristas de toda América Latina a lo largo de sus distintas integraciones. Admiro su capacidad de innovación, el hecho de que se hayan atrevido a ir más allá de lo que su tarea, como jueces, les demandaba, y que se involucraran en la protección efectiva de los derechos fundamentales; que se hayan sacudido visiones formalistas de antigua raigambre, y que abrieran su pensamiento hacia el neoconstitucionalismo, el garantismo y otros enfoques modernos del derecho (incluyendo las concepciones deliberativas, como explica García Jaramillo).

En toda América Latina se sigue con atención lo que hace la Corte Constitucional colombiana. Sus sentencias son leídas por cientos o acaso miles de abogados y estudiantes de derecho; muchas de ellas son citadas con frecuencia para orientar el punto de vista de tribunales de otros países (incluyendo el caso de México, en donde dichas sentencias aparecen referidas en varios pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente en las que han sido redactadas por las ponencias con más alto grado de conocimiento del derecho comparado y con mayor compromiso hacia la defensa de los derechos fundamentales).

La Corte Constitucional ha impactado no solamente en el mundo jurídico y en la forma de entender los derechos fundamentales y la organización de los poderes, sino también en la cultura política general del pueblo colombiano. Hace unos años estuve durante una semana en Bogotá para atender una invitación que me permitió dar clase de posgrado en una de sus prestigiosas universidades. Durante esos días aproveché una tarde libre para visitar un museo, y al regresar al hotel tomé un taxi. El taxista iba escuchando un programa de radio donde los locutores analizaban una sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema de los desplazados. El taxista mostró verdadero interés en la discusión, de modo que no le dije nada.

A los pocos minutos comenzamos a conversar: “¿Qué le parece, señor, lo que estos magistrados están haciendo? Tenemos mucha suerte de que todavía esté en la Corte el magistrado Zutano y el magistrado Perengano, si no ¿imagínese lo que harían los otros, todos del lado del gobierno? No es posible que piensen que no nos damos cuenta. Pero con esta sentencia, ahora sí no habrá vuelta atrás. Ahora sí el gobierno tendrá que tomar medidas y tendrá que darse cuenta de que no puede seguir como hasta ahora. Es que no es posible que nos quieran seguir engañando. Pero por suerte tenemos

esos magistrados y esa Corte, que los pone en su lugar y les dice las cosas como son, aunque no le guste al presidente”..., y así sucesivamente durante los veinte minutos que duró el trayecto.

No quise decirle que yo era abogado y que mi campo de especialidad era precisamente el derecho constitucional; tampoco le dije que alguno de los magistrados de los que tan elocuentemente se expresaba era amigo mío. Lo que me sorprendió fue que se sabía los nombres de los magistrados y que además los podía ubicar en una determinada filosofía judicial: me dijo que algunos eran progresistas y que otros estaban más del lado de los conservadores. Me quedé verdaderamente sorprendido por su conocimiento del trabajo de la Corte. O se trataba de un estudiante de doctorado que para completar su ingreso hacía el turno vespertino de taxista, o verdaderamente estaba presenciando el impacto real que puede tener la justicia constitucional cuando los jueces deciden tomarse en serio su trabajo. Creo que estaba atestiguando lo segundo.

Ese día pensé si una escena así habría podido darse en algún otro país de América Latina. Me parece que no. No puedo imaginar a un taxista mexicano recitando el nombre de los ministros de la Suprema Corte y clasificando al ministro X como garantista, al ministro Y como retrógrado conservador o al Ministro Z como acomodaticio defensor de intereses innombrables.

Ni siquiera creo que haya programas de radio que dediquen horas enteras a discutir un fallo judicial. Ese tipo de cultura solamente se da en Colombia (¡quizá con la excepción de los taxistas de Buenos Aires, pues es bien sabido que ellos conocen de todos los temas; tienen siempre una opinión formada sobre cada uno de ellos y pueden hablar con profundidad de lo que se le ocurra al pasajero!).

Hay un efecto no del todo positivo en todo lo que acabo de comentar. Me refiero al hecho de que el protagonismo de la Corte Constitucional y la titánica tarea del resto de jueces colombianos en defensa de los postulados constitucionales —sobre todo a través del ejercicio de la acción de tutela— ha generado una cierta resignación y una falta de atención frente a la tarea menos brillante (o incluso francamente delictiva) de otras ramas del poder público. Me parece que se ha observado con tanto detalle el trabajo de la Corte que se ha dejado de lado la falta de trabajo del parlamento o las políticas públicas dudosas o incluso tenazmente regresivas de diferentes períodos presidenciales. El brillo de los jueces ha oscurecido la figura de otros funcionarios, frente a cuya inacción miles de colombianos parecen haberse resignado.

PRÓLOGO

XV

Pues bien, de todo esto y de muchas cosas más habla Leonardo García Jaramillo en su libro. Lo hace tomando como punto de partida las herramientas conceptuales y analíticas del neoconstitucionalismo, enfoque con el cual simpatizo de manera profunda. En varias de las páginas siguientes el autor ha sintetizado con gran maestría los puntos fundamentales del neoconstitucionalismo, haciéndolos accesibles a los muchos lectores que merece su obra.

Conocí a García Jaramillo en su natal Manizales cuando todavía era estudiante de licenciatura. Me pareció un personaje extraordinariamente dotado para identificar tendencias novedosas en la teoría jurídica y con plena disposición a trabajar rigurosamente para conocer a los más relevantes autores de la teoría política y constitucional de nuestros días. Por eso no me sorprende que en los años siguientes nos haya ofrecido extraordinarias traducciones de textos de o sobre John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Pogge, Robert Post, Reva Siegel, Jack Balkin y Robert Alexy, entre otros; y tenga en cartera varios proyectos intelectuales más de gran envergadura.

Leonardo está llamado a ser uno de los más brillantes teóricos del derecho y la política en América Latina si logra persistir en su empeño de situarse a la vanguardia de las discusiones actuales y si no pierde el vínculo que este libro acredita con suficiencia hacia una realidad que exige que sus intelectuales no estén encerrados en su torre de marfil, sino que observen con detalle las violaciones de derechos fundamentales y critiquen lo mucho que nos falta por hacer.

Es un gran honor para mí haber colaborado en el pasado con García Jaramillo en distintos proyectos, y poder ahora sumarme a la celebración intelectual que se recoge en las páginas de esta obra, con las cuales estoy seguro que el lector aprenderá mucho, como lo he hecho yo mismo. Enhorabuena al autor y a sus lectores que están a punto de iniciar una travesía intelectual de gran altura.

Miguel CARBONELL
IIJ-UNAM

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

Los primeros trabajos que se publican tienen más expectativas que pretensiones, más hipótesis que tesis... más conjeturas que refutaciones. Son las primeras oportunidades para exponer ante una comunidad académica planteamientos que se han configurado luego de lecturas e investigaciones, pero sobre todo de interrogantes que surgen del diálogo con suscriptores y detractores de las ideas y concepciones que se defienden. Se debe entonces empezar por agradecer a los participantes e instructores de ese diálogo.

He tenido la fortuna de mantener una prolongada y singularmente formativa conversación con quienes han inspirado a tantas personas en tantas partes, y cuyas obras han sido ponderadas como materiales de gran valía doctrinaria y política. Aunque se puede incurrir en omisiones imperdonables, es un riesgo que prefiero afrontar, porque considero peor incurrir en el vicio moral del desconocimiento de las deudas intelectuales y personales.

Este libro proviene de la tesis que presenté para optar al título de Magíster en Humanidades, con énfasis en estudios políticos, en la Universidad EAFIT de Medellín. Recibió por unanimidad la máxima calificación y la distinción “meritoria”. Ha variado en la narrativa y en los contenidos, aspirando que sea accesible para un auditorio disciplinar y geográficamente más amplio. Además, se incorporaron tres trabajos que no hicieron parte de la tesis.¹

Si los neoconstitucionalistas defendemos la idea de la derrotabilidad de las normas, parece sensato pensar que si algo es derrotable en el campo de la ciencia política y jurídica son las propias ideas y concepciones. Por lo tanto, la principal disposición de quien se somete a los rigores de la academia es examinar las premisas de las que derivan o los argumentos en que se sustentan.

¹ Dos se elaboraron en el contexto de la investigación y fueron presentados en eventos conmemorativos de los veinte años de la Constitución Política colombiana, y otro amplía los elementos centrales de mi introducción al libro *Constitucionalismo democrático*. Respectivamente, simposio nacional *Una Carta Política para reinventar la democracia* (mayo de 2011) y foro *Balances y perspectivas de la Constitución: 20 años* (julio de 2011); y Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, ed. y trad. de Leonardo García J., Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

Agradezco en primer lugar a mi director de tesis, Mauricio García Villegas. Aunque temporalmente desconsoladoras, sus rigurosas observaciones me han enfrentado con los errores y ligerezas que constantemente asechan el trabajo académico, e igualmente me han puesto de presente la necesidad de eludir el dogmatismo entorpecedor, el elogio encandilador y el aislamiento disciplinar.

Una versión anterior de parte importante del trabajo fue comentada por Rodolfo Arango. En aquella ocasión no tuve ocasión de incorporar todas sus observaciones. Espero que este libro sea una mejor versión de aquel texto, pero sobre todo que sea un reflejo honesto de lo depositario que me siento de sus ideas y concepciones políticas.

Como recuerda Waldron de sus estudios con Dworkin:

En aquellas ocasiones no era realmente un desacuerdo, era aprender —aprender lo que era argumentar seriamente, aprender lo que significaba que alguien con quien valía la pena discutir se tomara el tiempo de responderme. Todo lo que he escrito lleva la instructiva impronta de aquellas rigurosas sesiones.

Agradezco también a los jurados de la tesis, Fabio Giraldo y, en particular, Mario Montoya Brand, por sus precisas correcciones y útiles sugerencias.

A Julieta Lemaitre, Pierluigi Chiassoni, Antonio Barreto y Pablo R. Arango, agradezco su disposición para compartir conmigo impresiones sobre algunas partes del manuscrito a medida que iba tomando forma.

Sobre los dos campos en cuya área de intersección se ubica este trabajo —el derecho constitucional y la teoría política— he recibido, en distintos momentos y contextos, la generosa orientación de Roberto Gargarella, Miguel Carbonell, Pedro Salazar Ugarte, Laura Clérigo, Rodolfo Vázquez, Carlos Bernal Pulido, Rodrigo Uprimny, Josep Aguiló, Gabriel Ignacio Gómez, Horacio Spector, Alfonso García Figueroa, Gloria Patricia Lopera, Aquiles Arrieta, Manuel Fernando Quinche, Jorge Iván Cuervo, Marina Gazcón, Diana Patricia Quintero, Iván Garzón Vallejo, Óscar Mejía Quintana y Francisco Cortés Rodas. Su ejemplo de rigurosidad académica, honestidad intelectual y generosidad personal, serán siempre mi más íntima convicción.

Jorge Giraldo Ramírez y Santiago Leyva han sido jefes comprensivos y generosos en esta etapa importante de mi vida en la Universidad EAFIT. Agradezco su bonhomía y la confianza que en distintas oportunidades han depositado en mí.

René González de la Vega, Lucas Arrimada, Luz María Sánchez, Martín Hevia, Juan Pablo Sterling, Rogelio Flores, Jorge Fabra, Miguel Godoy, Andrej Kristán, Diana Carolina Zuluaga, Felipe Piedrahita, Heber Joel Campos y Pablo González, han sido además de queridos amigos mis interlocutores durante estos años. Les agradezco el sano rigor de las críticas y desinteresada disposición de la amistad.

Agradezco el apoyo incondicional de mi mamá Gloria Inés y de los garcías: tíos y tías, cónyuges y descendientes, en torno a quienes se ha formado (siguiendo el ejemplo, siempre presente, de la abuela Sara) un sólido núcleo de afecto y respaldo.

En el Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado empecé la investigación que condujo a este libro. Agradezco a Hiomara Vargas su afable colaboración en un ambiente intelectual tan fructífero y estimulante.

Last but not least, los estudiantes constituyen parte significativa de la motivación para trabajar con rigor y enfrentar con honestidad intelectual el enorme desafío —y privilegio correlativo— que impone la cátedra universitaria.

INTRODUCCIÓN

La Constitución posee el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta.

Hans-Peter SCHNEIDER

El grado de legitimidad del constitucionalismo está directamente relacionado con los canales deliberativos que construya el Poder Judicial, tanto interna como externamente. El constitucionalismo no solo debe interpretarse y configurarse a partir de estrictos razonamientos judiciales, sino también a partir de una interacción entre distintos actores, en virtud de la cual los tribunales respondan no solo al Estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también en algún grado a las perspectivas de la sociedad civil organizada sobre los valores constitucionales. Además de la cooperación entre las ramas del poder público para lograr los fines del Estado, las altas cortes deben reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos para configurar mediante un diálogo constructivo el significado del derecho constitucional.²

² Se ha cuestionado la idea comúnmente aceptada de que desde los tribunales se pueden conseguir grandes cambios sociales. Uno de los materiales clásicos es Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope*, 2a. ed., University of Chicago Press, 2008. Rosenberg sostiene que aunque las altas cortes pueden lograr cambios sociales significativos, lo deben hacer a partir de tres restricciones. La primera es que, excepto si existen amplios y suficientes precedentes judiciales a favor del cambio, la naturaleza limitada de los derechos constitucionales excluye a las cortes de la posibilidad de actuar sobre muchas demandas y reclamos sociales, y reduce también las oportunidades o la motivación para la movilización y organización social a favor del cambio. La segunda consiste en que las cortes no son lo suficientemente independientes de las ramas legislativa y ejecutiva como para incidir en las reformas sociales. Esta restricción se superaría si se asegura el apoyo de un alto número de congresistas y de miembros del gobierno. La tercera es que las cortes carecen del poder de implementar autónomamente una política pública o de tomar decisiones que conlleven a una reforma. Rosenberg cita a Hamilton, para quien debido a que las cortes no controlan ni la espada ni el presupuesto,

Debido a la confluencia de una serie de factores políticos, el sistema jurídico colombiano ha tendido, crecientemente desde 1991, al juriscentrismo; es decir, a enfocar el derecho constitucional casi exclusivamente desde la perspectiva de los tribunales y a respaldar entonces su configuración e interpretación en términos de lo establecido por la Corte Constitucional. La desidia de los poderes Legislativo y Ejecutivo para acometer reformas sociales acuciantes y amparar derechos de minorías (la Constitución consagró por ejemplo la importancia de contar con un Estatuto de la oposición, con el que ningún gobierno se ha comprometido), la deslegitimación profunda de los partidos políticos, y clase política en general, debido sobre todo a la corrupción, y el déficit masivo y generalizado en la representación real de la sociedad ante las instancias de decisión política, se cuentan entre los principales factores. Ante esta situación, en el contexto de una Constitución amplia en derechos y con vocación normativa, la Corte Constitucional ha impartido órdenes concretas para propender por la efectividad de políticas existentes o por la creación de otras ante la comisión legislativa o ejecutiva, en virtud de lo cual se garantice el goce efectivo de los derechos constitucionales.

Tanto en la doctrina como en el litigio se observa esta tendencia al juriscentrismo, por lo que se tiende a perder de vista que la legitimidad democrática misma de la Corte radica en parte en que sus sentencias surjan de la deliberación con el Poder Judicial y la sociedad civil organizada. Este libro aborda dicha cuestión y la problemática que suscita desde el constitucionalismo colombiano, pero enfatiza en aquellos aspectos por los cuales resulta ejemplar y paradigmático en el constitucionalismo de la región debido al influjo jurisprudencial y doctrinario de elementos medulares del neoconstitucionalismo, en particular de aquellos propios de una concepción deliberativa de la democracia. Como garante de la superioridad e integridad de la Constitución, la Corte Constitucional ha establecido prácticas deliberativas internas, dentro de los remedios que ha encontrado para resolver casos complejos, pero también ha construido estándares de constitucionalidad al Poder Legislativo tomando en consideración el ideal deliberativo, en el contexto de una democracia constitucional.

El proceso legislativo, como cualquier otro proceso político, debiera concebirse no solo en referencia a las reglas que lo conforman y lo gobier-

deben contar con la cooperación de las otras dos ramas para asegurar el cumplimiento de sus decisiones. Esta restricción se podría superar si se cuenta con un gran apoyo ciudadano o si al menos no hay una alta oposición. Debido a que, conforme a esta doctrina, estas restricciones casi nunca se pueden superar, las cortes son en general poco efectivas para conseguir cambios sociales significativos.

nan, sino también a la relación entre esas reglas y los valores y principios más profundos que explican por qué los aspectos regulados por las reglas son importantes para nosotros.³ Estos principios constitucionales directamente relacionados con reglas procedimentales ayudan a explicar precisamente por qué contamos con tales reglas y cuál es su “fuerza gravitatoria”.⁴ Con el referente del principio de instrumentalidad de las formas, los principios constitucionales, como igualdad política, publicidad, quórum deliberatorio y principio democrático, complementan y le dan la razón de ser a las reglas procedimentales, como el número mínimo de debates, la oportunidad para deliberar, la publicación de la convocatoria a sesiones extra y la prohibición de simultaneidad entre sesiones. Este libro procura reconstruir la dogmática del procedimiento parlamentario que la Corte ha construido, a partir de las sentencias donde ha estudiado el vicio por elusión deliberativa en que incurre el Congreso cuando tramita leyes o reformas constitucionales. La relevancia regional de este trabajo se estima en que esta dogmática refleja otro valioso elemento por el cual el constitucionalismo colombiano representa una novedad en el concierto del constitucionalismo iberoamericano y, hasta cierto punto, un ejemplo de las formas como un tribunal constitucional debe trascender un rol pasivo como “legislador negativo”.⁵

I. EL RESURGIMIENTO REVITALIZADO DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El constitucionalismo colombiano resurgió revitalizado en 1991 con la expedición de una nueva Constitución política radicalmente distinta de su antecesora, por cuanto incorpora varios de los principales avances globales conseguidos en materia constitucional desde la segunda posguerra. En este desarrollo ha sido esencial la ampliación de la densidad normativa material de la Constitución por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que desde los inicios de su actividad en 1992 ha tomado decisiones trascendentales y ha amparado las provisiones consagradas en derechos ante la solución de casos concretos. Su labor no sólo se destaca por las miles de sentencias que profiere cada año, sino también por la multiplicidad de asuntos sobre los que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual ha abordado su fundamentación. Un papel importante en este proceso también lo desempeña la

³ Waldron, Jeremy, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003.

⁴ *Idem*.

⁵ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999.

renovación de la literatura jurídica local, que por creaciones originales y por traducciones ha estado atenta en estas dos décadas a los avances teóricos logrados en varias latitudes y diversos campos jurídicos, para retomar adaptativamente (en lugar de una mera recepción adoptativa) elementos medulares de tales desarrollos e incorporarlos a los procesos locales de interpretación y aplicación del derecho.

Estos tres elementos —la expedición de una nueva Constitución, la transformación de las prácticas jurisprudenciales en el contexto de la creación y desarrollo judicial del derecho, y la renovación de la literatura jurídica— han configurado en medio de fuertes discusiones en las altas cortes, entre las ramas del poder público y la academia jurídica, un nuevo derecho en Colombia en tanto país receptor insigne de un canon neoconstitucional trasnacional. Los desarrollos constitucionales (teóricos y jurisprudenciales) acontecidos en Colombia constituyen avances significativos en la aplicación del derecho en contextos de desigualdad. El constitucionalismo colombiano es un referente en los países de la región, debido a los remedios que ha ideado para reducir la disociación entre las normas y la realidad. Dos de ellos son la doctrina del estado de cosas inconstitucionales y la práctica de impartir órdenes complejas, de lo que se ocupa el capítulo cuarto.

La jurisdicción constitucional es considerada también por parte significativa de la doctrina y el Poder Judicial en la región, una de las más proactivas y la que más ha judicializado diversos problemas políticos. Se suele citar como particularmente alineada con causas progresistas, controladora en un grado importante del (hiper)presidencialismo y comprometida con las principales tesis neoconstitucionales, que han recibido notable atención crítica y apologética por buena parte de la academia iberoamericana e italiana. En Europa se formó un canon neoconstitucional a partir de la creación de textos constitucionales que no sólo divergían sustancialmente respecto de aquellos proclamados con antelación, sino que por su novedad radical se requirió de una nueva dogmática jurídica para realizar fundamentalmente su concreción. Debieron crearse o perfeccionarse instituciones judiciales, elementos doctrinarios, herramientas interpretativas e instrumentos argumentativos para solucionar los problemas que surgían en la aplicación de un derecho históricamente inédito. Desde la derrota del fascismo en Italia y Alemania, y superadas las dictaduras en Portugal y España, se inició un proceso de transformación jurídica que involucró de forma paulatina a todas las esferas del poder público, con profundas incidencias en lo político y lo social. Los cambios institucionales estuvieron en todos los casos enmarcados por la innovación de los textos constitucionales respecto a lo orgánico y lo dogmático.

Los textos constitucionales se formularon de una manera diferente de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Dentro de las características transversales a estos cambios se destacan, de una parte, la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, juntas monetarias y procuradurías o defensorías públicas, así como la renovación o ajuste del procedimiento para la expedición de las leyes, la definición de la organización territorial y la relación entre el gobierno federal y los estados. Los Estados se consagraron, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo.⁶

Otros dos aspectos que permiten hacer referencia a un cambio trascendental en las Constituciones europeas, respecto de lo que habían sido hasta la segunda posguerra, son la extensión, pues se trata de textos con un contenido significativamente mayor, y la rigidez, pues su vocación de permanencia en el tiempo se observa en el proceso que los propios textos establecen para su reforma. Asimismo, se ampliaron el número y el tipo de derechos justiciables y se les dotó de una alta entidad en las Constituciones. Los derechos humanos fueron positivizados, se incluyeron garantías sociales dentro de los catálogos de derechos, se precisaron derechos de libertad y se incluyeron principios de naturaleza moral (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana). Se crearon mecanismos judiciales para propender por la efectividad de los derechos.

Latinoamérica ha asistido, con bemoles específicos según los contextos, a un dinámico proceso de renovación institucional, que es en gran medida heredero de las transformaciones acontecidas en Europa durante la segunda posguerra. El cambio se inició paralelamente con una renovación de la dogmática jurídica en general, lo cual no sólo ha comportado la expedición de nuevos textos constitucionales sustancialmente distintos de sus predecesores, sino también la renovación de las prácticas jurisprudenciales y la literatura jurídica, en procura de abordar las teorías analíticamente con rigor y propiedad, y dotarlas de rendimientos prácticos en la solución de los problemas jurídicos que se presentan cuando se aplica un texto constitucional

⁶ “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (artículo 1), Alemania es un Estado federal, democrático y social (artículo 20, 1), “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” (artículo 1, 1) y “La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático...” (artículo 2).

denso en principios y derechos a un contexto marcado por la desigualdad estructural, la pobreza, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representación política real ante las instancias de decisión.

Con el nacimiento de la democracia constitucional surgió fortalecido un tipo de constitucionalismo de tipo garantista en los países latinoamericanos, debido a la inclusión de principios de naturaleza moral y al reconocimiento de diversos tipos de derechos. Las Constituciones latinoamericanas contemporáneas pueden definirse como “aspiracionales”⁷ porque, además de organizar al Estado en sus organismos, funciones y competencias, reflejan un descontento con la situación social actual, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas provisiones de realización progresiva. La Constitución organiza la estructura del poder público, establece las principales funciones y competencias de las instituciones públicas, pero adicionalmente consagra un proyecto de país.

El descontento con la política ha conducido en parte a su judicialización; es decir, a que muchos asuntos que antes eran decididos en la esfera política se resuelvan ahora en sede judicial. El excepcionalismo jurisprudencial colombiano se debe en parte al empeño por reivindicar la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. El proactivismo judicial tiene no obstante posibilidades, pero también límites, sobre todo relativos al diseño institucional respecto del proceso de formación de las políticas públicas. Debido a tales límites, el constitucionalismo contemporáneo debe ser democrático; es decir, en el proceso de ser interpretado y configurado, el Poder Judicial debe ser sensible o receptivo a los otros organismos del Estado, las asociaciones civiles, los partidos políticos, las ONG, la academia... Todos tienen la responsabilidad, no solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir en tal proceso. De esta interacción depende, en últimas, la legitimidad del constitucionalismo.

En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante. En países como Colombia, donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y principios) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial, adquiere particular importancia el constitucionalismo democrático, sobre el

⁷ García Villegas, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en García Villegas Mauricio *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

que se ocupa el capítulo tercero. Pareciera que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional, y que, entonces, el progreso social se puede alcanzar ante la sede judicial y sin responder a la movilización política.

El cometido de las reformas constitucionales en América Latina, y en Colombia en particular, fue optimizar el papel del Estado respecto de la satisfacción de necesidades básicas y la garantía a la realización de los derechos. Se procuró aumentar las condiciones de inclusión política y justicia social, y hacer en últimos beneficiarios del progreso a toda la población, y no sólo a unos cuantos privilegiados. En algunos países se apostó por economías libres pero solidarias de mercado y por una participación de las empresas privadas en la prestación de servicios públicos para aumentar la cobertura y la calidad. El proceso de cambio institucional liderado por reformas constitucionales adelantadas en la región desde hace dos décadas constituye el que podría denominarse el primer verdadero constitucionalismo latinoamericano, del cual Colombia fue pionera. Dicho proceso ha estado enmarcado por un periodo de cambio constitucional iniciado con la expedición de la Constitución de Brasil en 1988, pero sobre todo la Constitución Política de Colombia de 1991, y culminó con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009.

En este contexto, ha surgido en Colombia una polarización entre los progresistas y un sector conservador del constitucionalismo y del derecho en general, respecto del tipo de división de funciones que deben tener los principales organismos del Estado en la organización política creada en 1991. ¿Cuál debe ser el rol del Poder Judicial ante una realidad dramáticamente atravesada por la pobreza, la desigualdad en el ingreso y el déficit en la prestación de derechos mínimos, enmarcada por un Poder Legislativo desprestigiado que de forma tradicional ha sobrepuerto los intereses del “país político” sobre los intereses del “país nacional” (Gaitán)? Ante un ordenamiento jurídico imbuido de principios constitucionales por cuenta del proceso de constitucionalización del derecho, consolidado desde la solución de casos concretos a partir de la normativa constitucional, surge la pregunta acerca del tipo de control de constitucionalidad idóneo y sus límites, y en general acerca de cómo debe concebirse adecuadamente un tipo de Poder Judicial que sea al tiempo activista y progresista, pero respetuoso de las funciones y competencias de las otras dos ramas del poder en la expedición de normas, y en general en el proceso de formación de las políticas públicas.⁸

⁸ La Corte Constitucional ha definido por ejemplo como de su competencia el control de constitucionalidad sobre decretos diferentes a los mencionados en los artículos 241 y 10

Estas cuestiones, entre otras, han estado en el centro de la polémica por el cambio institucional iniciado en el proceso constituyente de 1991, cuestión de la que se ocupa el capítulo 1. Desde temprano se denominó “nuevo derecho” en tanto recepción del neoconstitucionalismo trasnacional.⁹ Las situaciones que se vivían al final de la década de 1980, sobre todo la violencia narcoterrorista, agravadas por la precariedad en las condiciones económicas, la petrificación del sistema político por la imposibilidad jurídica de reforma constitucional, las desfavorables condiciones de bienestar social del grueso de la población y la alta impunidad judicial, hacían ver a Colombia ingobernable y a sus instituciones ineficaces, inservibles, y sobre todo impotentes para hacerle frente a desafíos inéditos en su historia. Los antecedentes inmediatos de la transición constitucional en 1991 permiten entender las razones por las cuales la paz, como principal anhelo nacional, no se procuró alcanzar recrudeciendo el conflicto armado, maximizando el control sobre el orden público aumentando las facultades de los militares y policías ni reduciendo correlativamente los derechos y las garantías ciudadanos. Ante los desafíos a los que se vio abocada, la sociedad reclamó ante la clase política más democracia más derechos e inclusión política efectiva. El principal anhelo nacional: la paz, se procuró alcanzar ampliando canales de inclusión política y participación democrática.

En este contexto de resurgimiento revitalizado del constitucionalismo en Colombia, pero también en países como México, Ecuador, Perú, Brasil y Argentina, principalmente, se ha incrementado de manera exponencial la producción de materiales en el campo teórico-jurídico y constitucional, así como en la teoría democrática.¹⁰ El neoconstitucionalismo encarna la concepción jurídica emergente de mayor éxito en la actualidad en América Latina.¹¹ Autores, obras y escuelas que se empezaron a difundir desde prin-

transitorio constitucional. Lo denomina “control constitucional atípico o especial” y recae entre otros sobre los decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso. Véase la sentencia C-049 de 2012.

⁹ Así lo expresó el presidente de entonces, César Gaviria, en un discurso titulado “El nuevo derecho” que impartió en la Universidad Javeriana, en junio de 1993, publicado en *Quaestiones Iuridicae*, núm. 1, Bogotá, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1993.

¹⁰ Para este trabajo fue fundamental el uso de las herramientas provistas por índices de citaciones que orientaron la investigación por el camino de las fuentes más citadas en el contexto de los temas particulares. Dentro de los índices fueron particularmente importantes Scopus, SIS, Scielo y Google Scholar.

¹¹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Carbonell, Miguel “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo

cipios de la década de 1990 encarnan una manera afín de aproximarse al constitucionalismo.

El neoconstitucionalismo reúne varios de los temas más contenciosos en la ciencia jurídica contemporánea. Quizá por esa amplitud de contenidos y pretensiones reunidas bajo un mismo marco conceptual significa cosas distintas para quienes lo observan desde diversos campos o concepciones políticas, de las cuales surgen críticas y apologías bien fundadas o infundadas, o una mezcla de ambas. Algunas de ellas, incluso, aunque divergentes, pueden ser teóricamente aceptables. Autores conocedores de la obra de Alexy, por ejemplo, han objetado su exceso de racionalismo en la configuración del principio de proporcionalidad,¹² lo cual terminaría por invalidarlo como criterio argumentativo para resolver colisiones de derechos en casos concretos. Así mismo, lo retratan como iusnaturalista por el grado de vinculación que su teoría sustenta entre el derecho y la moral, por la defensa de los principios en el razonamiento jurídico,¹³ por la igual importancia que confiere a la dimensión ideal y crítica respecto de la dimensión real o fáctica del derecho,¹⁴ y por suscribir la tesis radbruchiana del entuerto legal conforme a la cual la injusticia extrema no es derecho.

No es del interés de este trabajo plantear una crítica a las distintas posiciones existentes a favor o en contra del neoconstitucionalismo. A nivel de la discusión jurídica local, la investigación pretende realizar un aporte debido a la amplia revisión de bibliografía primaria y secundaria, así como al intento de presentación sistematizada y organizada por categorías de análisis, que se hace en el capítulo segundo. Sin embargo, no es éste su objetivo prin-

(eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2011; *ibidem*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2011; Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

¹² Clérigo, Laura y Beade, Gustavo A. (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.

¹³ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008; “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009; Sieckmann, Jan (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

¹⁴ Lo cual equivale a igualar en la práctica tanto el ideal de la corrección moral del derecho con los elementos definitorios de la legalidad, conforme al ordenamiento y con la eficacia social, como el ideal en la corrección moral. “Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho”. Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *cit.*

cipal, no obstante el contenido descriptivo y analítico. Los argumentos que presentan los autores neoconstitucionalistas contra cierta versión del positivismo jurídico o contra las interpretaciones conservadoras y retardatarias de la Constitución permiten fundamentar posiciones liberales y progresistas en el marco de las principales discusiones jurídicas en la actualidad en América Latina, y en particular en Colombia.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO CONCEPTUAL DE ALCANCE PARTICULAR

García Figueroa afirma que el neoconstitucionalismo es una doctrina integral que reconstruye con dos propósitos el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual o justificar normativamente ese modelo.¹⁵ Es posible distinguir entonces entre un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo: el primero redefine la teoría del derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos sobre los que se estructuró el discurso jurídico durante décadas; el segundo estructura una nueva política del derecho al objetar muchos presupuestos positivistas, como la no necesaria vinculación entre el derecho y la moral, la consideración de las reglas como el principal tipo de normas en un ordenamiento jurídico, la centralidad de la ley proveniente del Poder Legislativo como fuente de derecho y la menor intensidad en la colaboración entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado.

Este planteamiento es relevante para enmarcar la presente investigación, porque es posible, a su vez, distinguir entre dos tipos de neoconstitucionalismo conceptual: uno de alcance general y otro de alcance particular.¹⁶ Esta subdistinción permite, además de esclarecer el debate sobre las posibilidades del neoconstitucionalismo como conjunto de teorías del derecho, comprender qué tanto se han alcanzado los objetivos de investigaciones donde no interesa tanto defender un neoconstitucionalismo (conceptual de alcance general) en su configuración epistemológica, solidez teórica y co-

¹⁵ Casi todos los que suscriben el primer tipo de neoconstitucionalismo lo hacen con el segundo, pero no todos los que suscriben el segundo podrían ser considerados defensores del primero. Hay quienes, si bien defienden los ordenamientos jurídicos constitucionalizados con principios jurídicos vinculantes en las Constituciones y jueces que deben hacer algo más que la mera legislación negativa, no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. Pienso aquí en Luigi Ferrajoli, Pedro Salazar Ugarte y Gloria Lopera Mesa.

¹⁶ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, cit.

herencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional en las formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

Un análisis de este tipo permite extraer conclusiones acerca de la validez del derecho, pero restringe sus alcances a un sistema jurídico concreto. Para contribuir a la correcta y comprehensiva descripción del neoconstitucionalismo, se analiza la forma como han sido receptados algunos de sus elementos medulares en procesos locales de interpretación y aplicación del derecho. Se podría en tal caso contribuir a resolver dudas empíricas sobre la concreción de tesis y doctrinas de extendida circulación transnacional, así como a determinar las cuestiones sobre las cuales descansa en última instancia la aceptación o el rechazo del neoconstitucionalismo. En particular proporciona un adecuado marco de referencia para pensar acerca de las diversas cuestiones que confluyen dentro del canon y su recepción. En este sentido, permite además refutar algunas críticas que parten de descripciones parciales o interpretaciones selectivas. La falta de trabajos de revisión rigurosos sobre el neoconstitucionalismo ha conducido a un debate empobrecido, repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, y en todo caso acríticos.

El pragmatismo hace parecer entonces más prometedor el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular, porque impondría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación, defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance general. Mathias Reimann, por ejemplo, se lamentaba porque la comunidad académica del derecho comparado no había sido capaz de ponerse de acuerdo acerca de un canon, de un mínimo cuerpo doctrinario, sobre las obras y, sobre todo, de sus cuestiones y temas centrales.¹⁷ La falta de un canon, de un estándar, ha derivado en que haya parecido académicamente aceptable, para muchas personas, realizar casi cualquier tipo de comparaciones, por parte además de cualquiera, sólo porque “es mejor eso que nada”.¹⁸

La reconstrucción del significado y los elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional no sólo tienen la ambición de ser comprensivos y rigurosos, sino que procura servir de prisma para descomponer los elementos de la jurisprudencia constitucional y examinar sus fundamentos, desde los principios reivindicados por el ideal deliberativo de la demo-

¹⁷ Reimann, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Constitutional Law in the Second Half of the Twenty Century”, *50 American Journal of Comparative Law*, 2002.

¹⁸ *Idem*. Véase también de su autoría, “Comparative Law and Neighboring Disciplines”, en Bussani, Mauro y Mattei, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

cracia que hace parte de este canon. Además de su aporte descriptivo para analizar las principales instituciones judiciales, tesis doctrinarias y doctrinas jurisprudenciales que defienden los autores más representativos, el paradigma neoconstitucional es un punto de partida relevante en esta investigación, porque para implementar el modelo de la democracia constitucional, que es su principal cometido, es necesario poner en marcha un sistema de democracia deliberativa.

Alexy, el doctrinante más influyente en la doctrina jurídica y la jurisprudencia en Colombia, cuya obra igualmente ha tenido importante influjo en varios países iberoamericanos, afirma enfáticamente: “Hay nociones muy diversas de la democracia. El principio del discurso *exige* la democracia deliberativa”.¹⁹ Después de reconocer que la democracia deliberativa es más que un procedimiento para establecer un equilibrio de intereses para prevenir una dictadura o una guerra civil, señala que en la democracia deliberativa el plano de los argumentos se superpone al plano de los intereses y del poder, y por tanto se debe presuponer la posibilidad de contar con discursos prácticos racionales en la esfera pública. La racionalidad discursiva, para Alexy, en la línea de Habermas,²⁰ depende de la posibilidad de implementar (algun) sistema de democracia deliberativa. “Sólo a través de la institucionalización de la democracia deliberativa puede realizarse la idea del discurso tanto como esta es realizable”.²¹ Un parlamento debe respetar y concretar no sólo los derechos fundamentales, sino también las reglas de la democracia deliberativa.²² El capítulo quinto aborda el contexto de discusión y analiza algunos de los principales elementos de la concepción deliberativa de la democracia.

III. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

Uno de los principales desafíos de los procesos de renovación institucional en América Latina ha sido la construcción de mayores grados de justicia social desde el derecho. Dentro de las consecuencias de la apuesta que se hizo en Colombia en 1991 por ampliar los canales comunicativos de las instancias de decisión política, fue la estructuración de un modelo deliberativo de la demo-

¹⁹ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”. *Cit.* de la versión manuscrita facilitada por el autor.

²⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

²¹ Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Nancy *et al.* (eds.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 30.

²² Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, *cit.*

cracia. Del proyecto tendiente a legitimar el constitucionalismo a partir del reconocimiento del pluralismo moral y político que caracteriza a las sociedades iberoamericanas, se destacan los elementos principalistas y propiamente deliberativos que en Colombia se incluyeron en la Constitución y en varias normas que se promulgaron posteriormente en desarrollo de mandatos constitucionales.

Se sustentará con evidencia constitucional, a nivel del texto, pero sobre todo de su interpretación y concreción jurisprudencial, que en Colombia uno de los ideales de la reforma en 1991 fue adoptar un modelo deliberativo de democracia, desde las exigencias de igual oportunidad de participación de todos los legitimados para hacerlo dentro del proceso legislativo de creación de leyes y actos legislativos, así como mediante el respeto más que a las normas procedimentales como tales, a los principios constitucionales que protegen dichas normas.

El derecho a la participación política y la garantía a la igualdad de condiciones de participación son objetivos procedimentales del modelo democrático deliberativo, que procuran proteger el diseño institucional conforme fue consagrado por el constituyente de 1991. En el constitucionalismo colombiano, tanto a nivel de las disposiciones procedimentales que consagra la Constitución, pero sobre todo de la labor jurisprudencial en la creación y desarrollo del derecho, no es un mero ritual el respeto a los procedimientos legislativos, dentro de los que se destacan aquellos que protegen los principios y valores constitucionales, y que son defendidos por la concepción deliberativa de la democracia. Las normas procedimentales adquieren verdadero sentido en el marco de una democracia constitucional, porque dichas normas, y los principios que a su vez amparan, permiten que la formación de la voluntad democrática sea pública y lo más imparcial posible, y que respeten el principio democrático y los derechos de las minorías.²³

Esta investigación, además de pretender una primera conceptualización y sistematización de la doctrina de la elusión deliberativa, desarrollada por la Corte Constitucional respecto del control al procedimiento legislativo de leyes y reformas constitucionales, pretende ilustrar otra de las formas como el constitucionalismo colombiano ha avanzado hacia áreas que lo hacen un importante referente latinoamericano en materia de estándares de constitucionalidad y criterios de articulación de la jurisprudencia en la creación y el desarrollo del derecho, y, así, de la forma como un tribunal conformado por jueces no elegidos puede efectivamente contribuir en la consecución de uno de los fines más importantes del Estado en el contexto de democracias

²³ Sentencia C-816 de 2004.

constitucionales, como es la realización de los derechos. En tiempos como los que corren, donde no sólo el comercio, sino también el derecho se han globalizado, la forma idónea para avanzar en la comprensión de los fundamentos del derecho y sus metodologías de aplicación es mediante el análisis sistemático desde la perspectiva teórica y comparada.²⁴

En este contexto, la investigación tiene un objetivo central, al cual sirven de fundamento los objetivos particulares de cada uno de los capítulos. El objetivo general es demostrar cómo la Corte Constitucional colombiana ha receptado en su jurisprudencia algunos elementos medulares del neoconstitucionalismo, y en particular de la concepción deliberativa de la democracia, enfatizando que se trata de una concepción que no está necesariamente comprometida con el logro de determinados fines sustantivos. Estos fines están establecidos de antemano por la Constitución. A su vez, cada capítulo constituye una estructura que funciona independientemente y cuenta con sus propios objetivos. *En este libro se defiende una perspectiva procedural (pero democráticamente recargada) de la configuración democrática y deliberativa del constitucionalismo.*

El objetivo general del trabajo se encuentra fundamentalmente en el último capítulo, donde se reconstruye el influjo de los principales postulados deliberativos de la democracia en la jurisprudencia constitucional. Se expone y sustenta como un mecanismo de control que impone la Corte sobre el Congreso acerca de la exigencia por un tipo especial de debate al que siempre y en todos los casos del trámite parlamentario se debe dar oportunidad de realización. Se analizará hasta qué punto el estándar de constitucionalidad que la Corte ha erigido para controlar el respeto a las normas reglamentarias y principalistas durante el procedimiento parlamentario constituye un caso de activismo o de restricción judicial.

Los capítulos tercero y cuarto se articulan en el hecho de que para garantizar un constitucionalismo progresista que sea estable y duradero se debe abandonar la perspectiva juriscéntrica. Los casos de audiencias públicas, que la Corte Constitucional realiza con amplia participación, son un buen ejemplo de mecanismos creativos que puede adoptar un tribunal para dotar de mayor legitimidad sus decisiones. Se han realizado dos tipos de audiencias: previas al fallo y audiencias de cumplimiento.²⁵

²⁴ MacCormick, Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study*. Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. vii y ss.; Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

²⁵ Ejemplo del segundo tipo de audiencias son las realizadas luego de declarado el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, en las que han participado ONG miembros de la cúpula militar y ministros. Ejemplo de la primera es la audiencia del caso sobre el Marco Jurídico para la Paz, en la que intervinieron el presidente de la República, el fiscal general, el procurador, el presidente del Congreso y miembros de ONG.

El capítulo quinto analiza el contexto de discusión y las características principales de la concepción deliberativa de la democracia, conforme ha sido desarrollada por los principales autores contemporáneos que encontraron en este modelo una salida a las crisis de legitimidad de las concepciones hasta ese momento dominantes de la democracia: el republicanismo, la democracia liberal y las concepciones populista, mayoritaria y elitista.²⁶ La articulación del neoconstitucionalismo con la investigación en general está dada por el estudio del influjo de una de las doctrinas actualmente más difundidas tanto en la teoría sobre la democracia como también en el derecho constitucional, como es la teoría de la democracia deliberativa.

Si bien la Corte Constitucional ha realizado referencias y citas concretas a algunos de los autores deliberativistas más representativos, como Sunstein, Nino, Habermas y Gargarella, el influjo de este modelo normativo democrático no empezó con las primeras sentencias que profirió, sino con las deliberaciones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. La Constitución fue el reflejo de la apuesta por mayor inclusión democrática y mayor respeto al pluralismo político. El principio democrático y otros consagrados en el Preámbulo y los primeros artículos establecieron disposiciones a las que luego fueron adscritas interpretativamente normas concretas por parte de la Corte.

En el capítulo sexto se reconstruye la línea jurisprudencial y algunas de las subreglas que sintetizan coherentemente el fundamento de las decisiones que se han tomado. El estudio de los precedentes es esencial para estructurar la naturaleza del derecho como una empresa racional guiada por la razón práctica.²⁷ Mediante autos y sentencias proferidas por demandas de inconstitucionalidad o por su trabajo de control previo o automático sobre algunas normas especiales, la Corte ha construido una dogmática del procedimiento parlamentario a partir de la cual puede reconocerse que la concepción democrática de los constituyentes y la que ha reivindicado la Corte en su jurisprudencia, es la deliberativa. Con esta dogmática la Corte ha desarrollado, respecto del procedimiento parlamentario de aprobación de leyes y actos legislativos, los principios constitucionales que consagran el carácter democrático, pluralista, transparente e incluyente del Estado colombiano.

²⁶ Gargarella, Roberto, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en Martí, José L. y Besson, Samantha (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, London, Ashgate, 2006, trad. de Leonardo García J., “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

²⁷ MacCormick, Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study*, cit., p. 6.

La dogmática constitucional estabiliza los argumentos y la interpretación del derecho. Este tipo de dogmática se concibe como un grupo de conceptos y categorías en los que se sostiene el derecho constitucional, y a partir de los cuales se estructura. Conforme a tales conceptos y su interpretación, el derecho adquiere coherencia interna.²⁸ Debido a que la buena dogmática exige fundamentación teórica, es que se reconstruye el ideal deliberativo de la democracia.

Respecto, por un lado, del interés que desde 1991 han tenido los doctrinantes colombianos por otros procesos de reforma constitucional e implementación de cambios institucionales, tales como el germano de 1949 y el español de 1978, y el referente permanente que ha sido el constitucionalismo estadounidense, sobre todo la jurisprudencia de la Corte Warren;²⁹ y por otro lado, del influjo que desde el inicio mismo de labores de la jurisdicción constitucional en 1992 tuvieron diversas teorías jurídicas, doctrinas judiciales y planteamientos jurisprudenciales de circulación trasnacional, en esta investigación se analiza conceptualmente la teoría de la democracia deliberativa para reconstruir una idea central del modelo desde las características que han presentado los principales autores que desde 1980, cuando se acuñó el concepto, han cultivado el ideal deliberativo en la práctica de la discusión de los asuntos públicos en la arena política.

Si alguna característica trasversal pudiera predicarse del objetivo de los autores representativos del neoconstitucionalismo, se enfatiza un cometido común por explicitar y contribuir así a estructurar el movimiento como canon dominante en la teoría constitucional y democrática contemporánea, con hondas repercusiones en la concepción, práctica y enseñanza del derecho. La forma de acometer dicha tarea es, desde un punto de vista teórico, dotando de solidez a sus estructuras medulares y fundamentándolas científicamente en el contexto de la teoría del derecho, contribuyendo críticamente con la solución de los problemas que surgen en la aplicación de planteamientos teóricos o doctrinas jurisprudenciales a contextos jurídicos constitucionalizados.

²⁸ Aragón Reyes, Manuel, “Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

²⁹ Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; Uprimny, Rodrigo *et al.*, “La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada”, *Libertad de prensa y derechos fundamentales*, Bogotá, Konrad Adenauer-De justicia, 2006.

Como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en particular, aspiran a realizarse en la práctica. Si se quiere que teorías como la democracia deliberativa contribuya en realidad para lo cual fue creada, debe rendir efectos reales en los procesos de toma de decisiones y debe ser pensada para procesos concretos, bajo cuidadoso examen a las categorías fundamentales a partir de los andamiajes conceptuales que han ejercido singular influencia, tanto en la academia como en la doctrina y la jurisprudencia. El proceso de viaje, recepción y transmutación de teorías contribuye a modelar las formas locales de creación de derecho a partir de herramientas metodológicas, doctrinas judiciales y planteamientos jurisprudenciales surgidos en otras latitudes a los que, en un primer momento, acudieron los constituyentes en 1991 para diseñar una Constitución respecto de la cual no había antecedentes en América Latina, y a los que en un segundo momento recurrieron magistrados de la Corte Constitucional, al resolver problemas que los enfrentaban con la necesidad de aplicar una normativa constitucional liberal, progresista y garantista en un contexto radicalmente distinto de aquel que pretende regular.

La manera idónea de contribuir con la defensa del neoconstitucionalismo respecto de su recepción es a partir de trabajos en los cuales se acoja no sólo el reto teórico de comprender adecuadamente y con precisión las obras que circulan en nuestros ambientes intelectuales, sino también el reto sociológico de leer tales obras en clave de recepción, haciendo un esfuerzo adicional por analizar la forma cómo ideas, tesis, doctrinas e instituciones judiciales foráneas se han adaptado a los procesos locales de concepción y aplicación del derecho.

En esta investigación se demuestra la existencia de una línea jurisprudencial y unas sólidas subreglas, para cuya concreción dogmática fue esencial el influjo de elementos del orden político que son medulares en el paradigma neoconstitucional, debido a la alta consideración que se le otorga a los valores que se protegen a partir del ideal regulativo de la democracia deliberativa.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO Y PRIMEROS ELEMENTOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO EN 1991*

I. INTRODUCCIÓN

No hubo que esperar hasta la amplia conmemoración de los veinte años de la Constitución Política,³⁰ vigente desde el 7 de julio de 1991,³¹ para reconocer que se trata del pacto social más democrático que ha tenido el país en dos siglos de existencia republicana. Tempranamente se contrastó con lo que hasta entonces había sido la historia del constitucionalismo colombiano. Si bien tradicionalmente ha predominado una adherencia a la forma de orga-

* La primera versión de este capítulo hizo parte de los materiales del módulo impartido en el curso de verano “Justicia y democracia en Colombia”, organizado por el ITAM de México D. F., en junio de 2011. Agradezco a Rodolfo Vázquez su generosa invitación y a René González de la Vega, Heber Joel Campos, Pamela Rodríguez, Franz Oberarzbacher y Carolina Miranda, sus observaciones a la primera versión del texto. Una versión posterior se expuso en el Simposio Nacional *Una Carta Política para reinventar la democracia*, Universidad de Antioquia, Medellín, mayo de 2011.

³⁰ Varias de las principales facultades de derecho del país realizaron congresos con ex constituyentes, académicos y líderes políticos sobre el balance de las dos primeras décadas de la Constitución. La Corte Constitucional organizó un congreso en octubre de 2011 con la presencia de doctrinantes como Alexy, Elster, Tushnet, Comanducci y Sager. Las memorias de ese evento aparecieron como: *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, cit. Dentro de los libros conmemorativos de las dos primeras décadas de la Constitución se destacan: Montoya, Mario (ed.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de las dos décadas de la Constitución en Colombia*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012; Jost, Stefan (ed.), *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012; VV.AA, *Memorias del Simposio Nacional “Una Carta Política para reinventar la democracia”*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012; Yepes, Hernando y Suelt, Vanessa (eds.), *La Constitución 20 años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2012; *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 32 de la Universidad Nacional, septiembre-diciembre de 2011, se dedicó monográficamente a los veinte años de la Constitución.

³¹ Si bien el aniversario de la Constitución se suele celebrar el 4 de julio, día de su promulgación —con 380 artículos y 59 disposiciones transitorias—, se debería celebrar el 7 del mismo mes, que fue cuando se publicó en la *Gaceta de la Asamblea*.

nización jurídico-política regida por una Constitución³² y, en comparación con varios países de la región, se han vivido escasos períodos de dictadura, las Constituciones previas a la vigente, aunque pueda parecer radical la alusión de “cartas de batalla”,³³ tendieron a ser las reglas fundamentales que en forma de norma suprema los vencedores imponían, con escasa o nula oportunidad de participación, sobre los vencidos. Las Constituciones no reconocían la diversidad étnica y cultural del país, así como su integración plural en lo ideológico, lo político y lo moral. Fueron pactos coyunturales caracterizados además por su poca durabilidad. En la historia colombiana se pueden distinguir dos momentos relevantes marcados por las Constituciones provinciales (1811, 1812 reformada en 1814) y las Constituciones políticas nacionales (1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886).³⁴

La volatilidad temporal de las Constituciones se debió, en parte, a la escasa representatividad que ostentaban respecto de la sociedad que pretendían regular. Hasta la Constitución de 1991 sólo dos habían superado los veinte años de existencia: la Constitución de Rionegro (1863) y la Constitución regeneracionista del presidente Rafael Núñez y su ideólogo, Miguel Antonio Caro (1886). La primera surgió con el triunfo del radicalismo liberal y procuró construir un Estado laico y federal, inspirado en los valores del liberalismo decimonónico; la segunda fue expresión del triunfo conservador de Núñez, quien al ganar la guerra civil de 1885 proclamó que la Constitución de Rionegro había dejado de existir. No impuso una dictadura, sino una Constitución, en la cual si bien se reconocía la separación de poderes y se amparaban derechos, retomaba gran parte del poder que tenían los estados independientes, mas cedió otros, como la educación pública y el registro civil a la Iglesia católica.

La Constitución de 1886 proclamó que la soberanía residía en la nación y determinó a su vez que la nación era católica, con lo cual automáticamente articuló la legitimación del poder político con la benevolencia de la Iglesia. Además, la Constitución preceptuaba, en su artículo 41, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión

³² En virtud de la cual en Colombia se evitó el ascenso al poder de caudillos que rigieron los destinos de Venezuela (José Antonio Páez y Juan Vicente Gómez), Argentina (Juan Manuel de Rosas) y México (Porfirio Díaz). “Y gracias a él evitamos la autoperpetuación en el poder de Álvaro Uribe”. Uprimny, Rodrigo, “La Constitución en perspectiva (II)”, *El Espectador*, julio 18 de 2011.

³³ Como las denominó Hernando Valencia Villa en su exitoso opúsculo, con ese título, publicado en 1987 por la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

³⁴ Conforme a Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado, 2009.

católica. Para la Constitución bajo el régimen regeneracionista, Dios era la fuente suprema de toda autoridad, y la religión católica era la de la nación. De hecho, uno de los primeros actos políticos del gobierno de Núñez, luego de proclamada la Constitución de 1886, fue firmar un concordato con la Santa Sede (1887), que, entre otros asuntos, reguló que en las universidades, colegios, escuelas y demás centros de enseñanza, la educación y la instrucción pública se organizara y dirigiera en conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica. No sólo consagraba la obligatoriedad de la enseñanza religiosa y la observancia de las “prácticas piadosas” de la religión católica (artículo 12), sino que se establecía que “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (artículo 13). Y adicionalmente “en caso de que los maestros encargados de la enseñanza de la religión y la moral se alejaran de la doctrina católica, el obispo puede intervenir para retirarlos de sus puestos” (artículo 14).

La Constitución de 1886 respondía a su época. Hubo autoritarismos por un Ejecutivo muy poderoso, pero se logró evitar el desmembramiento del país por la violencia partidista de entonces. Era particularmente bien aceptada la idea de que un fuerte control gubernamental resultaba esencial para la seguridad. Luego Carlos Lleras Restrepo, presidente por el Partido Liberal durante el periodo de 1966 a 1970, sostuvo incluso que era necesario “reafirmar y fortalecer el régimen presidencial para salvar la democracia. Los gobiernos débiles y anárquicos son el preludio de las dictaduras”.³⁵ El objetivo de conseguir el orden público, luego de una guerra civil, se procuró alcanzar mediante los elementos consagrados en el texto constitucional que luego fueron reivindicados por la filosofía de la regeneración. Dentro de los elementos, se destacan: la centralización del poder público en el presidente, y por tanto el fortalecimiento de los poderes del Ejecutivo, la religión católica como del Estado y su papel preponderante en la educación. La eliminación de la elección de funcionarios a nivel regional dotó al presidente con la potestad de designar a los gobernadores, y éstos a su vez designaban a los alcaldes.

³⁵ Citado en Hartlyn, Jonathan, *The Politics of Coalition Rule in Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 209. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que dentro de los aspectos más destacados de su gobierno se encuentra la descentralización de parte de la gestión estatal en entidades especializadas, así como la creación de los Institutos Descentralizados, mediante la reforma constitucional de 1968. Para una breve semblanza, véase la contribución de Otto Morales Benítez al núm. 109 de la revista *Credencial Historia*, Bogotá, 1999.

La Constitución consagraba formalmente la división de poderes entre las tres ramas del poder público, pero no había un equilibrio real, ni frenos, contrapesos institucionales, debido al gran poder que concentraba el presidente y a la debilidad de las otras dos ramas, en particular la judicial. El presidente podía determinar el presupuesto y la relación de funcionamiento del Poder Judicial. El Legislativo era tan débil que se reunía sólo cuatro meses bienalmente.

El presidente tenía la facultad de nombrar toda la administración pública: desde el ministro de Gobierno hasta el gobernador departamental y el inspector de policía municipal. Podía no sólo suspender leyes, sino aprobarlas sin mayor formalidad mediante decreto de estado de sitio. Asimismo, podía administrar justicia a través de los consejos de guerra, en los que se examinaba la responsabilidad de los civiles por delitos como rebelión. El consejo de ministros, bajo estado de sitio, permitía disponer la detención administrativa de ciudadanos señalados como conspiradores.

Tenía inmensas facultades también en la economía, pues determinaba qué producto se importaba, cuánto valía el dólar, cuáles eran las tasas de interés y regulaba el precio del dólar de manera diferenciada según el sector (textileros, cafeteros, algodoneros, petroleros...). Unos de los poderes más importantes que se le retiraron fue la emisión de moneda y el manejo del crédito. Tenía además el poder de fijar los salarios y los precios de muchos productos de primera necesidad. El banco central, sometido al Poder Ejecutivo, permitió el abuso de la emisión monetaria y tuvo la inevitable consecuencia de una inflación creciente. Las guerras del fin de siglo aumentaron la emisión, que con el tiempo produjo una hiperinflación que llegó al 400% en 1902, y la ruina de gran parte de los pocos negocios existentes entonces en el país.³⁶

La Constitución propendió por el centralismo. Reversó la descentralización por la que propendió la Constitución de 1863 hacia los entonces nueve Estados soberanos. El control sobre los contratos que firmaba el Poder Ejecutivo era virtualmente inexistente, y tampoco se vigilaba la conducta de los funcionarios públicos. Con problemas y excesos, se avanzó en 1991 al crear órganos de control, respectivamente, la Contraloría y la Procuraduría.

En síntesis, dentro de las palabras clave para identificar el régimen jurídico-político instaurado a partir de la Constitución de 1886, estarían: Constitución sin derechos, derechos programáticos, presidencialismo exacerbado, exclusión represiva, confesionalismo católico, libertades restringidas por necesidades del orden público, centralismo y conservadurismo ideológico.

³⁶ Kalmanovitz, Salomón, “1886-1991. Una lectura económica de dos constituciones”, *El Malpensante*, núm. 77, marzo-abril de 2007.

Si bien comparto con Posada Carbó,³⁷ que es una defensa precaria de la Constitución de 1991, argüir que fue la única en que no se dio una déspota imposición de los vencedores sobre los vencidos, no resulta exagerado enfatizar, en algunas características suficientemente bien explicativas del texto vigente, que la diferencian sustancialmente de su predecesora. Es incluyente en lo político, sensible a las minorías,³⁸ pluralista en lo ideológico e igualitaria en lo social. Consagró un cambio radical en el paradigma del funcionamiento del Estado respecto de sus fines, pues conforme al artículo 2o. constitucional se reconocen como fines esenciales del Estado la efectividad de los principios y derechos. Creó o fortaleció instituciones para conformar una estructura de organismos de control. Amplió el catálogo de derechos y los dotó con mecanismos judiciales para reclamar por su cumplimiento. La incorporación constitucional de principios de naturaleza moral ha derribado las fronteras, históricamente sólidas, entre el derecho, la moral y la política.

La Constitución de 1991 es sin duda un reflejo de la pluralidad de fuerzas representadas en la misma Asamblea, desde su elección hasta las deliberaciones en las cuales se aprobaban o improbaban los así denominados “proyectos de acto reformatorio”. Ninguna fuerza política contaba con las mayorías necesarias para imponer un proyecto sin que tuviera que mediar el consenso. La Constitución que resultó luego de cinco meses de sesiones no es la que hubiera redactado individualmente ninguna de las fuerzas políticas que la integraron. Es una Constitución sobre la cual ningún partido o movimiento político puede reclamar su paternidad. Estableció o modificó varias instituciones, unas bien ponderadas, como la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación, y otras bien concebidas, pero mal diseñadas, como el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Televisión.³⁹ Ha sido el establecimiento de una jurisdicción constitucional independiente en cuya cabeza se ubicó un tribunal especializado, sino el más, uno de los aspectos más altamente ponderados de la Constitución. Es difícil encontrar una cuestión de la convulsionada realidad social colombiana sobre la cual no se haya pronunciado la Corte Constitucional. “La verdad es que la Corte Constitucional no se mete en todo, sino que la meten

³⁷ Posada Carbó, Eduardo, *La nación soñada*, Bogotá, Norma, 2006.

³⁸ Kelsen defendió primeramente la importancia de las fuerzas minoritarias en la teoría democrática. Véase Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García J., Medellín, Universidad EAFIT, 2011, en Montoya, Mario (ed.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

³⁹ Eliminada de conformidad con el Acto Legislativo 02 de 2011.

en todo”.⁴⁰ El nuevo derecho, como recepción y configuración en Colombia de un neoconstitucionalismo trasnacional que se juzga de indebidamente proactivo y activista,⁴¹ constituye un marco desde el cual puede entenderse mejor la discusión por la presunta intromisión de la Corte en las funciones y competencias de otros organismos del Estado.

Respecto de los organismos de control, el Ministerio Público se creó en la Constitución de 1830. Los agentes de policía también lo integraban entonces. Después de varias reformas, la Constitución de 1991 determinó que no sería ya parte de la rama ejecutiva, y lo definió como órgano autónomo de control; suprimió cargos e instituyó otros, como los procuradores delegados y los agentes que ejercen control sobre la conducta de los servidores públicos para salvaguardar el imperio del derecho, la eficacia del orden jurídico, la protección de los derechos humanos y la consecución de los intereses de la sociedad. Con la Procuraduría, se creó la Defensoría del Pueblo, para tutelar los derechos humanos. La Constitución otorgó a la Procuraduría el poder preferente disciplinario frente a otros organismos estatales.

El Departamento de Contraloría comenzó a operar en 1923 con facultades como revisar y contar los elementos de propiedad estatal, las estampillas y el papel sellado en poder de empleados públicos. En 1932 se reorganiza como oficina de contabilidad y control fiscal. Se establece la obligatoriedad de rendir cuentas ante este organismo sobre el manejo de los bienes y recursos estatales. El ejercicio del control fiscal se definió en la reforma constitucional de 1945. La Constitución de 1991 eliminó el control numérico legal y le dio paso al posterior y selectivo, fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Concibe a la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa. La Constitución reguló que el Congreso en pleno, en lugar de una sola Cámara, elegiría al contralor.

El Banco de la República nació como Banco Nacional, en 1880, pero desde 1923 existe como se conoce actualmente. La Constitución de 1991 realizó innovaciones importantes, dentro de las que se destacan la eliminación de la Junta Monetaria y la instauración de la Junta Directiva para definir la política monetaria, cambiaria y crediticia; es decir, emitir moneda,

⁴⁰ Sostuvo al respecto Manuel José Cepeda en conferencia impartida en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Bogotá, febrero 18 a 20 de 2004, publicada en su libro *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

⁴¹ García Figueroa ha señalado con acierto que el neoconstitucionalismo propicia una mayor actividad judicial, pero no un mayor activismo judicial. Véase García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 110 y ss.

ser el banquero de los bancos y prestamista de última instancia del sistema financiero. Al gobierno sólo excepcionalmente le puede otorgar créditos. La Constitución estableció que el objetivo principal del Banco es preservar la estabilidad de los precios al reducir la inflación y mantenerla en niveles bajos. Determinó que la mejor manera de conseguir ese objetivo es mediante un banco central independiente.

Aunque la Fiscalía General de la Nación, creada en 1991, hace parte de la rama judicial, ha operado también como un órgano de control ante excesos de poder y desvíos en funciones y competencias del gobierno. La Constitución estableció el fuero ante la Corte Suprema, la pérdida de la investidura por el Consejo de Estado y la sanción disciplinaria por parte de la Procuraduría. La Constitución estableció un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ser congresista.⁴²

Interesa reconstruir, mapear, el contexto general en el cual surgió la Constitución política de 1991, porque el conjunto de variables sociales, jurídicas, políticas y económicas que forzaron a la sociedad a plantearse la necesidad de realizar una transformación radical en su sistema jurídico propiciaron un profundo cambio de paradigma en el derecho constitucional, que ha tenido un efectivo influjo en el derecho orgánico en general y en el imaginario de la ciudadanía, que, gracias a la ampliación del catálogo de derechos y a las acciones judiciales para propender por su efectiva garantía, puede sentirse a partir de 1991 parte de un mismo propósito constitucional que consagra un proyecto de país.

Este proceso también tuvo importantes implicaciones en los sucesivos procesos de reforma constitucional que se han vivido en la región desde entonces. Colombia, además de la tradición electoral y de estabilidad democrática que ha tenido, con sólo un gobierno de facto desde la expedición de la Constitución de 1886,⁴³ se destaca en el escenario jurídico e institucional iberoamericano por haber sido receptora temprana de doctrinas y teorías jurídicas que surgieron y se desarrollaron en los países europeos que

⁴² La Corte determinó que los abogados que son servidores públicos pueden ser sancionados disciplinariamente dos veces por el mismo hecho, sin que ello implique violación del derecho fundamental al debido proceso en su dimensión del *non bis in idem*. Sentencia C-899 de 2011.

⁴³ “Al general Gustavo Rojas Pinilla, y al término de su lúgido mandato, la nación colombiana le agradeció —para bien suyo y de sus compatriotas—, el abandono del poder en términos racionales y sensatos. En consecuencia, entregó los trastos del poder sin aspavientos y se marchó sin estrépito. Dejó, en su lugar, una Junta Militar de Gobierno con el fin de evitar nuevos y peores conflictos a la nación. Fue una retirada honrosa, consciente y oportuna. Le había quedado grande la grandeza”. Gómez Latorre, Armando, “La reforma del plebiscito, 1957”, *El Tiempo*, marzo 22 de 1991.

derrotaron el fascismo, y luego los que salían de la dictadura.⁴⁴ Este capítulo aborda los antecedentes que posibilitaron y propiciaron el desarrollo de un nuevo constitucionalismo en Colombia, dentro del cual las ideas y la ideología de las concepciones normativas de la democracia han ocupado sin duda un lugar predominante.

Se presentan las particularidades más relevantes que exhibió el proceso constituyente colombiano que inició a finales de la década de 1980 y se estructuró en 1991 con la promulgación de una nueva Constitución. Se analizan igualmente algunos antecedentes de la transición constitucional, que permiten entender las razones por las cuales la búsqueda de la paz como principal anhelo nacional, en lugar de procurar alcanzar mediante aumento de la fuerza del Estado, el recrudecimiento de la guerra, la maximización del control sobre el orden público y las restricciones correlativas a libertades civiles y derechos, condujo a una apuesta por inclusión política, más derechos y una democracia más robusta.

II. ANTECEDENTES DE LA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL

Para entender la necesidad imperante, entonces, de realizar un cambio radical en el sistema jurídico, no se pueden perder de vista los complejos fenómenos de naturaleza económica, política, social y jurídica que tenían sumido al país en una profunda crisis institucional que se empezó a agravar durante el primer lustro de 1980.⁴⁵ Lo social permanecía afectado por diversos factores:

⁴⁴ La exposición más difundida en Colombia acerca de este punto es López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004. Para una interesante discusión sobre los alcances y logros del libro, así como en general, de los problemas por las apropiaciones locales de doctrinas surgidas en otros contextos, véase, Bonilla, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2009.

⁴⁵ Análisis de este periodo ha merecido notable atención por parte de académicos comúnmente denominados “violentólogos” o “colombianistas”. Dentro de las principales compilaciones, se destacan: Leal Buitrago, Francisco (ed.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Norma, 2006. De la principal bibliografía sobre el proceso constituyente colombiano sobresalen las siguientes obras, que reúnen testimonios, proyectos aprobados y rechazados en la Asamblea, así como algunas de sus principales discusiones: Holguín, Armando, *El debate general de la Asamblea Nacional Constituyente*, Bogotá, Contraloría General de la Repùblica, 1991; Cepeda, Manuel José, *La constituyente por dentro: mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la Repùblica, 1993; *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, Presidencia de la Repùblica, 1993; Dugas, Jhon (comp.), *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993; Lleras de la Fuente, Carlos y Tangarife, Marcel, *Constitución política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1996; Galvis Gaitán, Fernando, *La Constitución, explicada por los constituyentes*, Bogo-

la pobreza, la desigualdad, el desempleo, el empleo informal, las tasas de mortalidad infantil, los bajos niveles de educación y las escasas oportunidades laborales en las ciudades, así como el abandono del campo. Algunos de estos factores explican en gran parte que miles de colombianos se vieran obligados a sobrevivir de las rentas provenientes de alguna de las etapas del narcotráfico: cultivo, protección de sembradíos, contrabando de insumos, procesamiento, transporte interno y tráfico. La ausencia del Estado en vastas regiones impedía o restringía el acceso de millones de ciudadanos a bienes y servicios esenciales. Desde el punto de vista económico, el país estaba encerrado entre sus propias fronteras por un sistema de recaudo basado casi exclusivamente en impuestos (directos e indirectos) y en aranceles o impuestos sobre las importaciones. No existía la política de intercambios comerciales significativos con ningún país. La economía agraria era particularmente débil y se registraban altas cifras de endeudamiento externo. El desarrollo industrial era escaso. La modernización se favoreció por los avances en la interdependencia en los intercambios comerciales.

El país estaba conmocionado por el constante asesinato de líderes políticos, periodistas, miembros del Poder Judicial, funcionarios de la fiscalía y policías. El Poder Judicial fue, conjuntamente con la policía, la principal víctima de la criminalidad narcoterrorista. Entre 1979 y 1991, un promedio anual de 25 jueces y abogados fueron asesinados o sufrieron algún tipo de atentado.⁴⁶ El 14 de septiembre de 1979 se suscribió el Tratado de Extradición entre Colombia y Estados Unidos, el cual fue aprobado por la ley 27

tá, Temis, 1991; Calle, Humberto de la, *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la Constituyente de 1991*, Bogotá, Planeta, 2004; Pardo, Rafael, *De primera mano: Colombia, 1986-1994: entre conflictos y esperanzas*, Bogotá, Norma, 1996; Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1991; Zubiría, Andrés de (ed.), *Asamblea constituyente y dictadura constitucional, una constante histórica en Colombia*, Bogotá, Rodríguez Quito, 1991; Zuluaga, Ricardo, *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, Cali, Universidad Javeriana, 2008. La Presidencia de la República publicó en 1991 dos volúmenes que compilán discursos de Gaviria y materiales de las comisiones preparatorias, tanto las mesas de trabajo que hubo en todo el país como las comisiones convocadas directamente por el gobierno. *Propuestas de las comisiones Preparatorias: Asamblea Constitucional*, Bogotá, Presidencia de la República, 1991; *Una constituyente de todos los colombianos: documentos para las Comisiones Preparatorias y las Mesas de Trabajo*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1991.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de la Rochela *vs. Colombia*, párr. 80-81. Sentencia del 11 de mayo de 2007, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. Sánchez G., Gonzalo (coord.), *La Rochela: Memorias de un crimen contra la justicia*, Bogotá, Taurus-CNRR-Grupo de Memoria Histórica, 2010. Breves pero sentidas crónicas de algunas de las víctimas olvidadas de Escobar, se encuentran en www.semana.com/gente/otras-victimas-pablo-escobar-heroes-olvidados/181078-3.aspx.

de 1980. Para el momento del asalto al Palacio de Justicia en 1985 estaba siendo examinada su constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. A partir de la misma expedición de la ley empezó a operar un aparato criminal liderado por “los extraditables” en contra de numerosos funcionarios públicos, desde los ministros hasta los magistrados de las altas cortes, que fueron intensamente amenazados.

Durante el lustro siguiente, particularmente a partir del segundo semestre de 1985, inició el cerco al Poder Judicial por parte de los extraditables. Los magistrados de la Corte Suprema, sobre todo los miembros de la Sala Constitucional,⁴⁷ fueron presionados para que dicha ley fuera declarada inexistente, lo cual en efecto sucedió, pero por vicios de procedimiento en su formación. A su vez, los magistrados de la Sala Penal eran objeto de amenazas e intimidaciones constantes, porque habían restablecido la extradición de narcotraficantes colombianos a Estados Unidos luego de que fuera asesinado el ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, en abril de 1984. Cuando la Corte emitió concepto favorable a la extradición de Carlos Ledher en 1987 se intensificaron los ataques a los magistrados.

En los meses previos a la primera elección popular de alcaldes, el 13 de marzo de 1988, los paramilitares realizaron masacres en Córdoba y Ura**bá** para consolidar su poder localmente e impedir la elección de funcionarios públicos de izquierda. Para 1990 se registraba una masacre paramilitar (más de seis muertos) cada 72 horas. Miles de ciudadanos cayeron víctimas

⁴⁷ Manuel Gaona Cruz, recordado por haber muerto en el asalto al Palacio de Justicia por parte del M-19, era miembro de dicha comisión, y le había correspondido presentar la ponencia sobre la constitucionalidad del tratado de extradición. Había expuesto su posición favorable a su exequibilidad, por lo cual fue víctima de numerosos actos intimidatorios con objetivo de amedrentarlo e influenciar en su propuesta de fallo. Uno de los mensajes que recibió, con grabaciones de conversaciones telefónicas de sus hijos conseguidas mediante interceptaciones, dice: “‘Respetado’ doctor: El tiempo es inexorable y usted sabe muy bien que el plazo que le fijamos está próximo a vencerse y todo parece señalar que no le interesa su seguridad personal y la integridad de su familia. Recuerde que no admitimos otra traición, ni vamos a tolerar que el grupo del Externado, esa mafia que usted dirige y orienta, salga a defender tesis diferentes a las de la inconstitucionalidad del tratado. El tratado se tiene que caer y usted tiene gran responsabilidad en esa tarea. No nos defraude, porque no va a tener tiempo de lamentarse. Y no se preocupe por sus “colegas” que la ponencia que usted presente va a tener muy buenos defensores y el apoyo indispensable para lograr lo que consideramos un acto de justicia y de defensa de nuestra soberanía. Estamos cerca de usted, muy cerca, tanto que nos hemos tomado la molestia de enviarle la grabación que acompaña a la presente carta. Hay voces que son muy familiares; no es cierto? GUARDE TOTAL RESERVA!”. Al final de otro atemorizante mensaje, se leía: “(...) No aceptamos nada que se salga de nuestras condiciones y exigencias. ABSOLUTAMENTE NADA, porque usted en una demanda anterior ya tricionó a la patria y se vendió al imperialismo americano. Tenga prudencia, guarde silencio y espere si quiere salir bien librado”.

de las bombas que los extraditables, y en particular la mafia liderada por Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha, hicieron estallar en edificios oficiales, centros comerciales y sitios concurridos de Bogotá y Medellín, sobre todo. El cartel de Medellín había ofrecido a los jóvenes habitantes de las comunas pobres, pagarles 200 dólares por cada policía asesinado, en servicio o de civil. El resultado fue que en menos de dos meses fueron asesinados 400 policías, sólo en Medellín. Habían de igual forma ordenado la muerte del procurador Carlos Mauro Hoyos (enero/88) y de Guillermo Cano (diciembre/86).

Cano era director del periódico *El Espectador* y crítico aguerrido de las incursiones políticas de Pablo Escobar. Los medios informativos nacionales realizaron una “huelga de silencio”: un acto de protesta por la violencia contra el gremio, y en particular por el asesinato de Cano, un día completo en que el país no tuvo periódicos, radio ni televisión. Otra sensible víctima del medio periodístico nacional en manos del narcoterrorismo fue Diana Turbay, quien acudió engañada a una cita presuntamente con el guerrillero conocido como “el cura Pérez”, pero fue retenida por Escobar para presionar al gobierno de Gaviria para derogar el tratado de extradición. Turbay no sólo era una reconocida periodista, sino que también era hija del expresidente Julio Cesar Turbay. En una confusa operación de rescate el 25 de enero de 1991 fue herida y falleció en un hospital de Medellín.

Por otro lado, la guerrilla había detonado cargas explosivas más de cien veces contra el oleoducto Caño Limón-Coveñas, por lo cual hubo cerca de dos billones de pesos en pérdidas, y se afectaron no sólo 300 mil campesinos, sino también quince cuencas hidrográficas. cuarenta y cinco frentes de las FARC aterrorizaban al resto del país. La delincuencia común, adicionalmente, azotaba también a la ciudadanía. En los primeros siete meses de 1990 se registraron 4.718 hurtos (asaltos a residencias, robos de vehículos y atracos).

En octubre de 1985 el comandante del ejército, general Rafael Samudio, fue atacado por una cuadrilla de guerrilleros del M-19, que presuntamente quería secuestrarlo. El asesinato del ministro Lara fue lo que finalmente puso a los extraditables en la pantalla del radar de las autoridades para perseguirlos con miras a su extradición o a su ajusticiamiento. El siguiente en caer muerto, en julio de 1985, fue precisamente quien estaba al frente de la investigación por el asesinato de Lara, el juez Túlio Manuel Castro. Asesinaron, en abril de ese año, al magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Álvaro Medina Ochoa. Luego asesinaron a quien lo reemplazó, Gustavo Zuluaga Serna, en octubre de 1986. El 31 de julio de 1986 asesinaron a un sobreviviente del asalto al Palacio de Justicia, el magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema, Hernando Baquero.

Hasta Budapest llegó, a inicios de 1987, el alcance del poderío criminal narcoterrorista. Enrique Parejo, exministro de justicia durante la administración Betancur, y quien se desempeñaba entonces como embajador, sufrió un grave atentado.

Un comando armado del movimiento guerrillero M-19⁴⁸ asaltó el Palacio de Justicia (noviembre/85)⁴⁹, sede de las altas cortes y, luego de una incursión de las fuerzas militares y de una policía criticada por excesiva y desproporcionada, de los cerca de 350 rehenes murieron 95, once de ellos magistrados. El grupo guerrillero denominó el asalto: “Operación Antonio Nariño por los derechos del hombre”.⁵⁰ En vastas regiones del país acontecía una aguda violación de derechos humanos. Además de estos magnicidios conocidos y recordados ahora, fueron también víctimas de la demencial guerra, que los narcotraficantes le declararon al Estado, otros funcionarios públicos, como jueces, magistrados, procuradores, generales, congresistas y gobernadores, así como periodistas e intelectuales de izquierda.

En agosto de 1987, la academia fue la víctima, y los paramilitares los victimarios: tres catedráticos de la Universidad de Antioquia y un senador de la Unión Patriótica, también catedrático de la Universidad de Antioquia, Pedro Luis Valencia, fueron asesinados. Miles de personas participaron en

⁴⁸ A partir de una amnistía general otorgada por el gobierno del liberal Virgilio Barco, el movimiento guerrillero 19 de abril (M-19) se desmovilizó, se reintegró a la vida civil y se transformó en la Alianza Democrática M-19, que obtuvo importante participación en la Asamblea Nacional Constituyente. Conforme a la ley 77 de 1989, se excluían de amnistía o indulto los delitos atroces. La ley sólo amparaba a autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, tipificados penalmente como rebelión, sedición y asonada, y los delitos conexos. “El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas”. Con este fundamento posteriormente fueron llamados ante la justicia varios ex miembros del M-19.

⁴⁹ Tema sobre el que se cuenta ya con un documento oficial exhaustivo en su investigación: Jorge Aníbal *et al.*, *Informe final. Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, Bogotá, La Universidad del Rosario realizó una edición en 2010.

⁵⁰ Sobre la infiltración del poder y el dinero de los extraditables en la cúpula del M-19, y en concreto de la financiación del asalto al Palacio de Justicia para quemar los archivos de la sala penal que contenían los procesos contra los principales narcotraficantes, se han dicho y desdicho varias versiones. Carlos Castaño, en *Mi confesión* (Bogotá, Oveja Negra, 2001) afirma que la toma del Palacio se decidió en su presencia y la de su hermano Fidel en la hacienda Nápoles “Era el favor que le haría el M-19 a los narcos a cambio de unos millones de dólares. Con eso lograrían destruir los archivos en donde se guardaban los casos contra los mafiosos” (cap. II “Pizarro tenía que morir”). Alias “Popeye” declaró a la Comisión de la Verdad que Escobar le pagó al M-19 dos millones de dólares por el asalto. En el documento oficial de dicha Comisión se afirma que Iván Marino Ospina, quien fuera jefe máximo del movimiento guerrillero, sostuvo estrecha amistad y unidad de acción con Escobar.

la “marcha de los claveles rojos” en señal de protesta por la arreciada ola de violencia que además no discriminaba ya ningún sector de la población. Al final de ese año, y entre las muertes de estudiantes, profesores, sindicalistas y militantes de izquierda, fue asesinado el director del Comité de Derechos Humanos de Antioquia, Héctor Abad Gómez. Por este hecho tuvo que exiliarse Carlos Gaviria Díaz, quien sería posteriormente magistrado de la Corte Constitucional, ya que era parte, con Abad, de dicho Comité.

1989 fue un año particularmente trágico para la historia colombiana. Uno de los actos de violencia más infiustos contra funcionarios judiciales fue la masacre conocida como “La Rochela”,⁵¹ perpetrada el 18 de enero, en la que cayeron víctimas de los paramilitares doce de quince funcionarios judiciales que integraban una comisión de investigadores que viajó al Magdalena Medio a investigar otra masacre que se había cometido contra diecinueve comerciantes.⁵² Martha Lucía González, jueza que expidió órdenes de captura contra los implicados en las masacres, Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y Fidel Castaño, fue intensamente amenazada, y debido a que se exilió en mayo mataron en represalia a su padre, el también abogado Álvaro González. En julio fue acribillada María Helena Díaz, jueza de orden público que confirmó las medidas de aseguramiento expedidas por González. En agosto fue asesinado el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Carlos Ernesto Valencia. Tenía a su cargo el expediente por el asesinato del director de *El Espectador*, por lo cual había llamado a juicio a Pablo Escobar y, junto a otros magistrados de la sala, habían ordenado la captura de Rodríguez Gacha por el asesinato de Jaime Pardo Leal, candidato de la Unión Patriótica a la presidencia. También cayeron abatidos por las balas del narcotráfico los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Héctor Jiménez Rodríguez, en octubre, y Mariela Espinosa Arango, en noviembre. Antioquia tuvo que despedir abruptamente a su gobernador, Antonio Roldán Betancur, y al comandante de la policía, Valdemar Franklin Quintero, en julio y agosto, respectivamente.

⁵¹ Episodio sobre el que puede consultarse la investigación, Sánchez, Gonzalo (coord.), *La Rochela: Memorias de un crimen contra la justicia*, cit. Lamentablemente no se trata de hechos aislados o de circunstancias excepcionales que corresponden a un periodo determinado de la historia colombiana. El grupo de Memoria Histórica ha registrado y documentado entre enero de 1979 y diciembre de 2009, hechos de violencia contra 1,487 funcionarios de la rama judicial, a lo cual se suman 22 ataques directos contra juzgados o instalaciones de la fiscalía. Cada semana es atacado violentamente en el país, por lo menos, un funcionario encargado de administrar justicia.

⁵² Por esta masacre la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó de fondo, con reparaciones y pago también de costas al Estado colombiano el 11 de mayo de 2007. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.doc.

La hasta entonces insondable crisis tocó fondo el 18 de agosto de 1989, cuando el carismático líder liberal Luis Carlos Galán cayó asesinado sobre una tarima en la que se disponía a dar un discurso, durante la campaña por lograr la nominación de su partido para las elecciones presidenciales. Este hecho conmocionaría a la sociedad colombiana hasta el punto de empezar a tomar forma, desde bases sociales y en particular estudiantiles, la necesidad de transformar el sistema jurídico entonces vigente. En esa misma campaña presidencial para el cuatrienio 1990-1994 fueron asesinados, por órdenes del narcoterrorismo, otros tres candidatos presidenciales. Se trata de Jaime Pardo Leal (octubre/87),⁵³ Bernardo Jaramillo (marzo/90) y Carlos Pizarro (abril/90). Además de Leal y Jaramillo, y de cerca de 4,000 militantes, fueron asesinados ocho congresistas, trece diputados, setenta concejales y once alcaldes de la Unión Patriótica, el partido político de izquierda que reunía a varios exmovilizados de la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) luego del malogrado proceso de paz de la década de 1980, que para inicios de la década siguiente trataba sin éxito de desasirse de la identificación con la opción armada.

En noviembre de 1989 explotó una bomba en avión en pleno vuelo para atentar contra la vida de César Gaviria, el sucesor de Galán en la campaña, quien canceló su viaje a último momento. El saldo del atentado fue de 107 muertos. El poder corruptor e intimidatorio de los narcoterroristas fue inmenso. “Plata o plomo” fue el mensaje que le enviaron a los políticos, los miembros del Poder Judicial y los policías. La política estaba corrompida o intimidada, pero en todo caso arrinconada. En abril de 1991 es asesinado el exministro de Justicia, Enrique Low Mutra. La reacción contra Escobar y el cartel de Medellín contribuyó a agravar en lugar de aminorar el problema. A inicios de 1993 el país atestiguó impávido el surgimiento de otro tipo de violencia, pues ahora eran antiguos socios y subordinados de Escobar quienes le combatían a muerte bajo el temido nombre de “Los pepes” (acrónimo para Perseguidos por Pablo Escobar).⁵⁴ Se generó una guerra sucia, que combatía paralelamente a la lucha regular en contra de los carteles de la droga.

El narcotráfico cambió para siempre la nación. No sólo intervino y pervirtió la justicia, la economía y la política, sino también hasta la naturaleza del país y la estética de los colombianos.⁵⁵ En alusión de Joe Toft, exdirector

⁵³ Crónica sobre Pardo Leal, www.semana.com/nacion/asesinato-jaime-pardo-leal/186267-3.aspx.

⁵⁴ A finales de marzo de ese año la revista *Semana* publicó uno de los primeros reportajes sobre el tema: “¿Quiénes son los Pepes?” www.semana.com/nacion/quienes-pepes/52232-3.aspx.

⁵⁵ Santos Calderón, Enrique, “Tiempos traquetos”, *Semana*, agosto 25 de 2012.

de la DEA en Colombia: este país se había convertido en una “narcodemocracia”. Las pérdidas económicas por el terrorismo ascendían a quince mil millones de pesos.⁵⁶ El país recibió la década de 1990 con 40 mil homicidios atribuidos directamente al narcoterrorismo.

III. AMPARO POLÍTICO Y VALIDACIÓN JURÍDICA AL MOVIMIENTO SOCIAL

El 25 de agosto de 1989 un amplio grupo de estudiantes universitarios de Bogotá convocaron a una marcha del silencio en respuesta a la violencia y a la angustia causada por la impotencia de lograr un cambio ante el aparente colapso del Estado por el accionar de pequeños pero poderosos grupos. La marcha fue sobre todo una respuesta al cruento desafío que el narcoterrorismo le impuso a la sociedad. El título de un libro de la época refleja bien lo que pensaban, y temían, los analistas y la opinión pública de la época: *Al filo del caos*.⁵⁷ Estos sentimientos se trasformaron en una fuerza que se aunó a la frustración generalizada debido al desgaste institucional por la imposibilidad de realizar un cambio a la Constitución de 1886 y por el uso recurrente de la figura del estado de sitio. En efecto, desde finales de 1949, cuando durante el gobierno del conservador Mariano Ospina Pérez se cerró el Congreso, en Colombia se vivieron 35 de los 42 años hasta la expedición de la Constitución de 1991 bajo estado de sitio.⁵⁸

El grupo estudiantil se inspiró quizá en las marchas que convocó Jorge Eliecer Gaitán cuando, siendo jefe único del Partido Liberal, se conoció a inicios de 1948 de numerosas muertes de copartidarios y de conservadores en varios pueblos. En estas marchas, separadas por casi medio siglo, sólo se escuchó el ondear de banderas y el viento que se estrellaba contra las pancartas. Luego de la marcha, a finales de 1989, se conformaron en varias ciudades mesas de trabajo que propusieron al gobierno, como transformaciones fundamentales al texto constitucional, los siguientes: cambios en la estructura del Congreso, en la administración de justicia, en el régimen de

⁵⁶ Cañón, Luis, “Narcodiálogos, doble juego mortal”, *El Tiempo*, Bogotá, agosto 6 de 1991.

⁵⁷ Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León (comps.), *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80*, Bogotá, Tercer Mundo y Universidad Nacional, 1990.

⁵⁸ Precisamente por este antecedente, la Corte Constitucional ha ejercido un control estricto a la constitucionalidad de la facultad presidencial de declarar el estado de conmoción interior, como se denomina ahora. El control es incluso material, pues se analiza si verdaderamente acontece una crisis que amerite el recurso a esta facultad, la cual está consagrada en el artículo 213 constitucional.

derechos y en los mecanismos de planificación económica; regulación de los estados de excepción, ampliación de la descentralización administrativa y definición de los mecanismos de reforma de la Constitución.

Respecto del criterio de reformabilidad, la Constitución de 1886 no ostentaba la deseable rigidez. El sistema jurídico estaba petrificado, y el sistema político, anquilosado. Ambos sistemas estaban bloqueados porque más de una década transcurrió en la que sólo fue aprobada una reforma constitucional, la elección popular de alcaldes, a pesar de la urgencia por realizarle profundas reformas orgánicas y dogmáticas a la Constitución. En 105 años de vigencia la Constitución de 1886 tuvo 67 reformas. Fueron particularmente relevantes las reformas de 1910 y 1936, que limitaron su autoritarismo confesional y redujeron el poder del Ejecutivo.⁵⁹ La causa de la petrificación constitucional es sobre todo atribuida al plebiscito que se aprobó en 1957 para que rigiera la forma de gobierno que condujo al Frente Nacional. En particular, su artículo 13 restringió la posibilidad de realizar el proceso de reforma constitucional, únicamente al consagrado en el artículo 218 de la Constitución de 1886, el cual otorgaba al Congreso la facultad para adelantarlo.

El plebiscito de 1957⁶⁰ se realizó el domingo 10. de diciembre de 1957⁶¹ para consultar al pueblo por la aprobación de los acuerdos de Benidorm y

⁵⁹ La primera estableció la elección popular directa del presidente, los diputados y concejales; confirió a la Corte Suprema el control constitucional de las leyes y estableció también un control difuso por vía judicial; redujo el periodo presidencial a cuatro años e impidió la reelección inmediata; prohibió la participación de militares en política, estableció un sistema para el nombramiento de miembros a las corporaciones públicas proporcional a los votos obtenidos y aseguró un mínimo de una tercera parte para el partido minoritario. La segunda eliminó privilegios para la Iglesia católica y reguló una forma de libertad de cultos que tuvo incidencia en la implementación de una educación liberal; amplió el derecho al voto a los hombres mayores de 21 años independientemente de sus posesiones o alfabetismo; definió la propiedad como función social, introdujo el intervencionismo estatal en la economía, estableció como función del Estado la intervención en la educación y definió el trabajo como obligación social de especial protección.

⁶⁰ A pesar de haberse denominado “plebiscito”, se trató más bien de un referendo, porque en lugar de convocar al pueblo para expedir o ratificar un nuevo ordenamiento jurídico, se sometió al voto popular la ratificación de una propuesta reformatoria. En ambos casos se le solicita al pueblo pronunciamiento sobre alguna cuestión importante para la vida política nacional, pero en el referendo se hace la consulta sobre un texto normativo ya formalizado para que se pronuncien afirmativa o negativamente, mientras que en el plebiscito la consulta se realiza sobre una decisión no plasmada en un texto normativo con el ánimo de que el pueblo se pronuncie favorable o desfavorablemente. Sobre esta cuestión, consultese sentencia C-180 de 1994.

⁶¹ 4.169.294 votos por el “sí”, 206.654 votos por el “no” y 20.738 en blanco. 194 votos fueron anulados. Escrutinio de la Corte Electoral, 30 de enero de 1958.

la posterior Declaración de Sitges,⁶² los cuales se realizaron entre los líderes políticos liberales y conservadores para terminar con la violencia suscitada luego del asesinato de Gaitán y con la subsiguiente dictadura de Rojas Pinilla.⁶³ Los derechos políticos estaban restringidos. De hecho la primera ocasión en la cual las mujeres pudieron votar en Colombia fue en 1957 para manifestarse respecto del plebiscito. El derecho al voto lo recibieron durante la dictadura de Rojas Pinilla con el Acto Legislativo núm. 3 de 1954. Si bien la reconciliación entre los partidos políticos por la cual se suscribió el acuerdo redujo la tasa de violencia, aquella que se produjo al final del Frente y durante el postfrente se atribuye a la falta de credibilidad y confianza de la sociedad civil en el sistema político y en su régimen institucional debido a las severas restricciones a la participación política.⁶⁴

Una vez probado el plebiscito, dentro de los principales efectos jurídicos que tuvo se destacan dos: impidió la posibilidad de conformar partidos u organizaciones políticas por fuera del liberalismo y el conservatismo, y restringió el proceso de reforma constitucional únicamente al procedimiento parlamentario. Las élites políticas que realizaron los acuerdos querían resguardar el poder para controlar las reformas a la Constitución de 1886, razón por la cual introdujeron en el plebiscito el artículo 13,⁶⁵ que condujo a una rígida parálisis institucional. A pesar de que el Frente Nacional terminó en 1974, el monopolio bipartidista continuó hasta el nombramiento mismo de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente en 1990, en lo que se ha denominado el postfrente.

⁶² Se dijo al respecto en la Declaración: “pensamos que el procedimiento más rápido y eficaz, y también el más democrático, para salir del caos y dar firme piso al orden constitucional y para aniquilar los repliegues y escondrijos donde se refugian los ergotistas y sofistas de la dictadura, es que tales enmiendas se lleven a la aprobación o rechazo de la opinión pública por medio de un plebiscito muy sencillo y concreto, que, otorgue al sistema paritario en las corporaciones públicas y, en general, al entendimiento de los partidos, un apoyo indiscutible por la apelación a la fuente más pura del poder público”.

⁶³ Como señaló con brevedad y acierto el columnista Armando Gómez Latorre meses previos a la expedición de la Constitución de 1991: “Lo bueno y oportuno del Frente Nacional fue su tarea positiva para contener la sangría del cuerpo social de la Nación, ocasionada por la violencia política. Pero lo negativo *nunca superó lo peor del sistema: el aletargamiento doctrinario del partido liberal, el burocratismo y la abstención electoral*. Desde entonces esa grave dolencia crónica se cierne amenazante sobre la frágil democracia colombiana”. *El Tiempo*, marzo 22 de 1991 (énfasis añadido).

⁶⁴ La misma violencia guerrillera surgió durante el primer gobierno conservador del Frente como expresión armada de reivindicaciones y luchas sociales que habían sido obstruidas institucionalmente. Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León (comps.), *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80*, cit.

⁶⁵ Plebiscito de 1957, artículo 13: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

El anquilosamiento del sistema político al que condujo la petrificación del sistema jurídico impedía la libre gobernabilidad y reducía la posibilidad de desarrollar las iniciativas de cada presidente. Desde el primer gobierno luego de finalizado el Frente Nacional, con la presidencia del conservador Misael Pastrana (1970-1974), aconteció una frustrada secuencia de intentos de modificar la Constitución, entre 1977 y 1989, liderada por los gobiernos de Alfonso López Michelsen (1974-1978), Julio César Turbay (1978-1982), Belisario Betancur (1982-1986) y Virgilio Barco (1986-1990). Unos proyectos no culminaron el trámite legislativo y otros fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema o por el Consejo de Estado.

El gobierno López pretendió convocar a una “pequeña constituyente” para que reformara el régimen departamental y municipal, así como la administración de justicia. Para tal fin el Congreso expidió el Acto Legislativo 02 de 1977,⁶⁶ que convocaba una Asamblea Constituyente y separaba las elecciones presidenciales de las parlamentarias. A pesar de contar con el acuerdo expreso de todas las fuerzas políticas, la Corte Suprema lo declaró inconstitucional el 5 de mayo de 1978, con el argumento de que el Congreso no podía delegar en otro organismo, creado por él mismo, la competencia de reforma constitucional que sólo posee el constituyente primario. A juicio de la Corte, adicionalmente, el pueblo ya se había pronunciado, con el plebiscito, en el sentido de que sólo por medio del Congreso se podría reformar la Constitución.

El presidente Turbay consiguió que el Congreso aprobara, en diciembre de 1979, una reforma constitucional en las mismas materias de la fallida reforma de López, con el Acto Legislativo núm.1 de ese año. Por vicios de forma, la Corte Suprema la declaró inconstitucional en 1981. El año siguiente asumió la presidencia Betancur, quien promovió con éxito reformas legislativas que procuraban fortalecer administrativa y fiscalmente los departamentos y municipios, materias en las cuales expidió igualmente varios decretos reglamentarios. Con el Acto Legislativo núm. 1 de 1986 se estableció la elección popular de alcaldes y la consulta popular.

La intensa crisis estructural en la que estaba el país suscitó a inicios de la década de 1990, la esperanza ciudadana, un fuerte anhelo de paz, que se reforzó por la decidida voluntad política de realizar un cambio constitucional y por los exitosos procesos de desmovilización guerrillera durante el gobierno Barco. Se desarrollaba un proceso de paz con el M-19 en Santo Domingo en el marco de la cual se planteó la última propuesta de reforma a la Constitución de 1886.

⁶⁶ En esta sentencia por primera vez la Corte Suprema asumió el control de las reformas por vicios de fondo y no sólo de forma.

Barco intentó varias veces reformar la Constitución. Con el aprendizaje adquirido de las reformas de López y Turbay, fallidas por cuestión competencia, publicó en *El Espectador* una carta abierta el 30 de enero de 1988, en la que expresó su intención de convocar a un referendo para reformar el artículo 218 constitucional, el cual regulaba la reforma a la Constitución de la República. Sostuvo que “Existe un consenso sobre la urgencia de una reforma radical”. Una Asamblea Constituyente sería esencial para resolver la crisis política y contener la violencia.⁶⁷

La primera propuesta de reforma del gobierno Barco fue un acuerdo suscrito en febrero de 1988 con el líder conservador Misael Pastrana Borrero, conocido como el “Acuerdo de la Casa de Nariño”, que procuraba encontrar un mecanismo extraconstitucional para reformar la Constitución. En virtud de este Acuerdo se creó una Comisión de Reajuste Institucional integrada por representantes de los partidos y de diversos estamentos que debía elaborar un proyecto de reforma constitucional que sería ratificado mediante referendo popular. El 4 de abril del mismo año el Consejo de Estado, abrogándose la potestad de salvaguardia preventiva de la Constitución,⁶⁸ lo dejó sin validez jurídica.

El 27 de julio de 1988 el gobierno Barco presentó al Congreso un proyecto, consistente en 188 artículos, para reformar la Constitución. 43 de esos artículos estaban destinados a “garantizar efectivamente los derechos humanos”. El 4 de agosto se difundió por los medios como “*La reforma Barco. Democracia participativa y justicia social*”. En la exposición de motivos se afirmaba que “La crisis de legitimidad institucional, la falta de participación ciudadana y las deficiencias en el sistema hacen ineludible la realización de cambios dogmáticos y estructurales de considerable magnitud”. El 14 de diciembre de 1989 se archivó porque se introdujo en la consulta al pueblo el tema de la extradición de nacionales.⁶⁹ Conforme a Humberto de la Calle, que luego fue ministro de Gobierno de Gaviria, se trató —a pesar de

⁶⁷ Cepeda Ulloa, Fernando, “Una Colombia nueva: la nueva visión de Barco”, en Deas, Malcom y Ossa, Carlos (coords.), *El gobierno Barco: política, economía y desarrollo social*, Bogotá, Fedesarrollo, 1994.

⁶⁸ Conforme al expresidente y exconstituyente Misael Pastrana, un magistrado del Consejo de Estado “se apropió de la guarda de la Constitución que ésta le confiere a la Corte Suprema y con la rebuscada tesis de la inexequibilidad de los actos por prevención dejó sin piso el Acuerdo”. Véase su libro *La verdad y el poder. Puntos de vista*, Bogotá, Supernova, 1990, p. 162.

⁶⁹ Los únicos senadores de la bancada liberal que no votaron a favor de que se hundiera el proyecto fueron Álvaro Uribe Vélez y Sergio Estrada Vélez. El primero llegó a ser presidente de la República y el segundo, que fue también magistrado de la Corte Suprema y embajador en Italia, fue asesinado.

problemas de redacción, coherencia y traducción de apartes de las constituciones italiana y alemana— del primer texto en el que se proponía de manera seria un cambio constitucional de verdad en el sentido de adoptar un sistema constitucional distinto y no sólo de modificar partes de la estructura del Estado.⁷⁰

Diversos y complejos acontecimientos de naturaleza política, jurídica y social, articulados con un sistema económico desueto, confluyeron en la necesidad imperativa de reformar el texto constitucional de manera tal que se cambiara profundamente el sistema jurídico en conjunto. Los desafíos que le impusieron violentamente a la sociedad el narcoterrorismo, las primeras masacres paramilitares, las marchas campesinas armadas, el inicio de los secuestros políticos y los enfrentamientos contra la guerrilla, terminaron de poner en jaque a un sistema jurídico-político petrificado que no respondía a las necesidades de la sociedad. El gobierno Barco pretendió que los cambios se hicieran apelando al constituyente primario. Se requerían nuevas bases para el acuerdo político en el país y ajustes profundos en las instituciones jurídico-políticas, lo cual suscitó a finales de la década de 1980 la respuesta social desde algunos gremios y la creación del “Movimiento estudiantil por la séptima papeleta”.

Estudiantes y profesores universitarios, sobre todo del claustro Rosarista,⁷¹ propusieron que en las elecciones ordinarias del 11 de marzo de 1990, donde se elegían senadores, representantes, alcaldes,⁷² diputados, concejales y el candidato del Partido Liberal a la Presidencia,⁷³ el pueblo introdujera una papeleta adicional, la séptima, en la cual se expresara a favor de la convocatoria a una asamblea constitucional. La papeleta se difundió también por los dos principales diarios *El Tiempo* y *El Espectador*. Universitarios en todo el país se sumaron a esta idea realizando asambleas y mesas de trabajo. Luego se concentraron en la idea de cómo debería ser la asamblea, precaviendo que no fuera un grupo de notables sino representantes del pueblo quienes modificaran la Constitución de 1886. Cerca de dos millones de papeletas se depositaron a favor de la convocatoria. Aunque este hecho político no tuvo

⁷⁰ De la Calle, Humberto, *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991*, *op. cit.*, p. 115.

⁷¹ Zuluaga Gil, Ricardo, *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, *cit.*

⁷² La Constitución de 1991 eliminó el nombramiento presidencial de los gobernadores y estableció su elección mediante voto popular, así como su periodo en tres años.

⁷³ En convención realizada el 22 de julio de 1989 el Partido Liberal adoptó el mecanismo de la consulta popular, por primera vez en Colombia, de la cual resultaron seis precandidatos: Ernesto Samper, Luis Carlos Galán, Alberto Santofimio, Hernando Durán Dussán, Jaime Castro y William Jaramillo.

consecuencias directas debido a la informalidad de la propuesta y a que el Consejo Electoral no contabilizó la papeleta adicional, toda vez que no estaba legalmente reconocida dentro de esa elección, fue el catalizador de un movimiento de opinión que el gobierno Barco interpretó de forma tal que dictó el Decreto 927, en mayo 3 de 1990, donde ordenaba a la organización electoral que contabilizara los votos que se produjeran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 para integrar una asamblea constitucional.⁷⁴

El Decreto fue sorpresivamente declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en la opinión popular, expresada con la séptima papeleta, y en las circunstancias de violencia, inestabilidad y descrédito institucionales. Reconoció que ese voto “involucraba al constituyente primario” y constituía un hecho político que traducía un verdadero mandato. El 6 de diciembre de 1990 el presidente de la Corte, Jorge Carrero Luengas, se dirigió a la opinión pública para anunciar el sentido del esperado fallo: “Después de un prolongado estudio y de un intenso debate declaró constitucional en su integridad el decreto legislativo 927 del 3 de mayo de 1990 por el cual se invita a la ciudadanía a votar por una Asamblea Constitucional”. En la sentencia 59, mayo 24 de 1990, sostuvo que “El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo”. Se convocó entonces a elecciones presidenciales y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución de 1886.

Los cinco precandidatos liberales firmaron un manifiesto comprometiéndose a que si alguno resultaba elegido presidente, convocabía a una asamblea constituyente. Este fue el principal componente político que derivó en la desmovilización del M-19 el 8 de marzo de 1990. A pesar del asesinato de Pizarro, los desmovilizados no abandonaron el proyecto de paz y continuaron con el proceso político. Con amparo constitucional, se convocó a las elecciones presidenciales ordinarias, el 27 de mayo de 1990, y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución

⁷⁴ Decía la tarjeta electoral “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución de Colombia: SI NO”.

de 1886. Un reducido número del censo electoral vigente se expresó mayoritariamente a favor.⁷⁵

El 7 de agosto de 1990 resultó elegido César Gaviria, quien expidió, bajo estado de sitio, el Decreto 1926, agosto 24 de 1990, para convocar a una Asamblea Constitucional. Regulaba también lo relativo a su conformación, estableció un temario, unas reglas electorales y realizó una serie de orientaciones para su funcionamiento. En sentencia núm. 138, proferida el 9 de octubre de 1990 con ponencia de Fabio Morón Díaz, que posteriormente integró la Corte Constitucional, la Corte Suprema varió su jurisprudencia para declarar constitucional, en una decisión dividida, tal Decreto. Por unanimidad, la Sala Constitucional en su proyecto de fallo había propuesto la inexistencia del Decreto.

La mayoría (14-12) de la Corte lo encontró parcialmente inexistente, pues declaró inconstitucional las limitaciones que el gobierno le había impuesto a la Asamblea, fundamentalmente el temario establecido para las deliberaciones y el control posterior a la Constitución que expidió la Asamblea, el cual se propuso que fuera ejercido por la propia Corte Suprema. No era posible limitar el poder del constituyente primario, se arguyó en la sentencia. La única limitación era la finalidad expresada de fortalecer la democracia participativa y las normas dirigidas a elegir a los representantes. La Corte otorgó así vía libre a la reforma integral de la Constitución. En este punto es relevante enfatizar que fue la Corte la que trasformó la Asamblea Constitucional en Asamblea Nacional Constituyente cuando declaró inconstitucional el temario que el gobierno le había establecido a los constituyentes para sus deliberaciones. Por esta razón los constituyentes fueron facultados para revisar y derogar íntegramente la centenaria Constitución entonces vigente y promulgar en consecuencia una Constitución totalmente nueva.⁷⁶

Las elecciones se realizaron el 9 de diciembre de 1990 y se contabilizaron un total de 3.710,557 votos. El entusiasmo que acompañó el impulso por la reforma no perduró para acompañar la elección de constituyentes.⁷⁷ No obstante, se dio una muy notoria consecuencia, ya que el amplio espectro ideológico y político que resultó elegido se contradecía con la historia colombiana, que había visto repartirse el poder entre los dos

⁷⁵ Hubo en la elección de la Asamblea un 75.34% de abstención, pues de los casi quince millones de electores habilitados concurrieron a las urnas poco más de tres.

⁷⁶ Cepeda, Manuel José, "Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The Role of the Constitutional Court", en Posada Carbó, Eduardo (ed.), *Colombia: The Politics of Reforming the State*, Nueva York, St. Martin's Press, 1998.

⁷⁷ Respecto a la representación por género, sólo cuatro mujeres resultaron electas.

partidos tradicionales, que además siempre mantuvieron mayorías en el Congreso, desde la implantación del Frente Nacional en 1958. Ahora una asamblea constituyente pluralista estuvo integrada por diversos sectores. La fuerza que obtuvo mayor respaldo fue la liberal con 31.22%; la segunda, la Alianza Democrática M-19 con 26.75%; y la tercera, el Movimiento de Salvación Nacional con 15.48%⁷⁸. El total de constituyentes, sumando las otras fuerzas que integraron la Asamblea, fue de 74. Fueron elegidos setenta por votación directa y cuatro voceros de organizaciones subversivas desmovilizadas que se integraron posteriormente a las deliberaciones: dos por el Ejército Popular de Liberación, uno por el Partido Revolucionario de los Trabajadores y uno por el movimiento armado Quintín Lame. Sólo los dos primeros tenían derechos plenos, es decir, voz y voto, mientras que los dos segundos sólo contaban con voz dentro de la Asamblea. Además del M-19, la pluralidad política y social se expresaba en otros integrantes, como los cristianos, los indígenas, la Unión Patriótica y los guerrilleros desmovilizados. La diversidad de fuerzas participantes dotó de legitimidad a la Asamblea para realizar los profundos cambios que se tenían previstos. Después de quinientos años desde la Conquista, los indígenas fueron integrados al proceso de definir nuestro destino como sociedad al considerarlos sujetos políticos.

La violencia que aquejaba al país se debía en parte a las restricciones que imponía el sistema político, pues al impedir la disidencia reducía la representación de numerosos sectores ante las instancias de decisión política. Como desde la Asamblea se pretendió promulgar una Constitución que fuera duradera, pero no mediante procedimientos autoritarios, la apuesta fue por mayor democracia. La apuesta por alcanzar la paz con inclusión y oportunidades de participación política se reflejó también en la reformulación de la estructura de los partidos políticos. La gran apertura de los canales para la participación de todas las corrientes de la opinión pública, sin embargo, no tuvo un efecto positivo. Las organizaciones sociales se podían volver partidos políticos, y se podía conformar uno con 50,000 firmas. Un lustro después de proclamada la Constitución habían 75 partidos políticos. Otra forma de favorecer la participación democrática fue ampliando la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos,

⁷⁸ Que equivale, respectivamente, a veinticinco, diecinueve y once constituyentes. Hubo un 75.34% de abstención en la elección de la Asamblea el 9 de diciembre de 1990, pues de los casi 15 millones de electores habilitados concurrieron a las urnas poco más de tres. La diversidad y el pluralismo lamentablemente no pueden predicarse respecto de la perspectiva de género, pues sólo cuatro mujeres resultaron electas.

pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes Legislativo y Ejecutivo.⁷⁹

Resulta llamativo, y podría decirse que es uno de los principales hechos que explican la excepcionalidad que muchos analistas han visto en Colombia,⁸⁰ que en medio del terrorismo financiado por los narcotraficantes, de la guerra sin cuartel entre carteles y del combate de las fuerzas militares y de policía a la guerrilla y a los paramilitares, no se recurrió como proyecto de reforma a un sistema autoritarito a un régimen militar o a un modelo que derivara en la reducción de los derechos civiles. La oportunidad que estaba buscando la sociedad agobiada, con apoyo de la política, fue antes por mayor democracia: por inclusión, derechos, ampliación y generalización del bienestar fruto del crecimiento económico. La izquierda abandonó ambiciosas propuestas que defendió en varios “proyectos de acto reformatorio” a la nueva Constitución, los cuales se enfocaban fundamentalmente en asegurar mayores indicadores de justicia social y reducción de la pobreza, precisamente porque pensó que la apertura democrática les permitiría luego en otros escenarios proponer leyes para desarrollar las provisiones que se establecieron en la Constitución. Las exclusiones políticas han sido, no sólo en Colombia, sino también en muchos países latinoamericanos, las principales causantes de distintos períodos de violencia y desestabilidad institucional.⁸¹

En este sentido, hay que decir que si bien la Constitución no consiguió la paz, deslegitimó por completo la lucha política armada.⁸² En 1991 se

⁷⁹ Actualmente pueden presentar proyectos de ley, además de los congresistas y el gobierno a través del ministro del ramo correspondiente, las altas cortes (Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema y Consejo de Estado), los organismos de control (Consejo Nacional Electoral, Procuraduría General, Defensoría del Pueblo y Contraloría General), la Fiscalía General, la ciudadanía (en número igual o superior al 5% del censo electoral), los concejales y diputados del país (30% del total). Asimismo, pueden presentar proyectos para modificar, reformar o derogar la Constitución (actos legislativos), el Gobierno Nacional, diez congresistas, los ciudadanos (en número igual o superior al 5% del censo electoral), y los concejales y diputados del país (20% del total).

⁸⁰ “Colombia es un laboratorio social, muchas veces macabro eso sí, de creatividad y experimentación social”, Boaventura de Sousa, “Colombia es un país tan fascinante porque parece siempre al punto de hundirse, pero no se hunde. Es un milagro permanente, además una mezcla de fenómenos de violencia con un alto grado de civilidad en la gente, de amor y tolerancia entre la gente” Daniel Pécaut.

⁸¹ Vilhena Vieira, Óscar, “Desigualdad y Estado de derecho”, en Rodríguez, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

⁸² Gutiérrez-Sanín, Francisco, “La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías”, *Estudios Sociojurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011.

acabaron definitivamente las justificaciones para alzarse en armas como método de inserción política. La nueva Constitución pretendió dotar al país de un marco jurídico que posibilitara la integración de sectores que sólo habían encontrado en el alzamiento en armas la forma de integrarse como actores políticos en las dinámicas sociales. No sólo se posibilitó que otras tendencias políticas integraran el Congreso, sino que se dotó al ciudadano con mecanismos para ejercer plenamente su ciudadanía a partir de la apertura de importantes espacios de participación.⁸³ En 1991 se redefinió el alcance de la ciudadanía en términos de la consideración a todas personas como miembros de una única comunidad política. Otras herramientas que se concibieron en 1991 para ampliar la democracia fueron la modificación de las estructuras y relaciones de poder entre los ciudadanos y los organismos del Estado, así como el mayor equilibrio efectivo entre los poderes, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la incorporación de nuevos derechos, el reforzamiento de mecanismos para su protección y el resguardo a las reglas electorales.

A pesar de la apuesta unánime por conseguir la paz como el principal proyecto de la Asamblea, no había entonces, como no hay ahora, una única concepción acerca de lo que significa ni, por lo tanto, un único camino propuesto para conseguirla. Tres concepciones se organizaron ideológicamente en el seno de la Asamblea.⁸⁴ Desde la izquierda se pugnó por aumentar la justicia social y lograr una efectiva redistribución del ingreso como medios para alcanzar la paz. Los exguerrilleros desmovilizados y algunos miembros del Partido Liberal defendieron estos principios y los medios para alcanzarlos. El presupuesto de la paz liberal era la falta de legitimidad del Estado, por lo que el objetivo de la Asamblea desde esta ideología fue defender la necesidad de estructurar un amplio catálogo de derechos fundamentales y de apoyar el ingreso de la izquierda a la política. La exclusión política electoral tan importante en nuestra tradición era lo que legitimaba a los grupos a alzarse en armas.

Paz significa más democracia en cuanto a inclusión política y protección de la disidencia se refiere. Desde esta posición se insistía con particular ahínco por repensar el modelo económico neoliberal y el consenso de Washington. El Estado de bienestar y el liberalismo social se defendieron desde esta ideología. La paz conservadora se planteó desde la urgencia por fortalecer el poder y la presencia del Estado mediante el monopolio de las armas y el

⁸³ Esguerra, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2005.

⁸⁴ Retomo algunos elementos del extraordinario opúsculo de Lemaitre, Julieta, *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la asamblea constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

orden. El fin del conflicto era a la vez medio y fin de la consecución de la paz. La paz significaba orden público. Por la propia lógica del funcionamiento de la Asamblea y por el hecho de que ninguna fuerza política que defendiera alguna de estas ideologías tenía el número de constituyentes necesarios para aprobar u objetar por sí solo una propuesta de acto reformatorio, se debieron someter las propuestas establecidas desde cada ideología a acuerdos y consensos. Claramente triunfó la ideología liberal.

El 4 de febrero de 1991 se instaló la Asamblea. Se crearon cinco comisiones para estudiar los proyectos de “acto reformatorio”, que luego se presentarían ante la plenaria. Se conformaron según los siguientes temas: derechos, principios y deberes; reorganización de las entidades territoriales; estructura del Estado, relaciones internacionales y fuerzas armadas; justicia, y temas económicos y de política fiscal. Lo aprobado y lo negado en comisión debía ser presentado ante la plenaria, y una vez aprobado definitivamente se realizaba un trámite de codificación. Además de los constituyentes, podían presentar proyectos el gobierno, el procurador, el contralor y las altas cortes.

IV. NACIMIENTO Y CONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Las Constituciones anteriores a la vigente, aunque válidas, no contaron con la legitimidad política que puede reclamar para sí la Constitución de 1991 por la inclusión ideológica representada en una apertura democrática inédita en la historia de Colombia. La Constitución de 1991 redujo los poderes que, a pesar de las reformas de 1910 y 1936, la Constitución de 1886 concentraba en el presidente. En 1991 se redujeron sus poderes también para proferir decretos con fuerza de ley, e igualmente se aumentaron las competencias del Legislativo. Desde el punto de vista liberal, se implementaron reformas, como el empoderamiento de la justicia y del Banco Central, y la división efectiva de poderes con órganos de control.

A pesar de que la Constitución de 1991 no consagra un modelo económico determinado, pues usualmente se le define como neoliberal,⁸⁵ aspectos como la apertura comercial y financiera, los cometidos para alcanzar un

⁸⁵ Conforme a Salomón Kalmanovitz, si bien la muy criticada apertura económica iniciada por el gobierno Gaviria pudo producir efectivamente algún desempleo, más efecto tuvo la revaluación del peso que se debió a los hallazgos de petróleo y a las exportaciones mineras. Las dos combinadas han deteriorado la rentabilidad de la industria y de la agricultura.

mayor equilibrio fiscal y la posibilidad de privatizar empresas estatales,⁸⁶ así como las reformas estructurales a la dimensión del Estado y a su intervención en la economía, permitieron a los gobiernos que se desarrollara con particular fuerza a este aspecto. La mayor participación democrática se relaciona con una de las críticas particularmente acérrimas a la Constitución, como es aquella según la cual plantea un modelo económico determinado: el neoliberal.⁸⁷

Podría sostenerse que la Constitución es como cabeza de Jano, que tiene dos caras: una social y otra económica. De un lado, consagra garantías y principios sociales de justa raigambre democrática así como mecanismos procesales, como la acción de tutela, pero de otro tiene un proyecto neoliberal manifiesto en la apertura de mercados, en el libre comercio y en las privatizaciones. A mi juicio, el enfoque que ha tomado el desarrollo de la cara económica ha redundado en efectos negativos para la parte social. La Constitución no consagró un modelo económico determinado. El viraje hacia esta perspectiva debe reprochársele, más que a la propia Constitución, a los gobiernos que han sido elegidos con posterioridad que promulgaron leyes e impulsaron políticas de índole neoliberal.

En Colombia, así como en otros países latinoamericanos, se impusieron las ideas de libre mercado y apertura de las economías. Se procuró democratizar la participación de los particulares; por ejemplo, en la prestación de servicios públicos esenciales, y, gracias también a la apertura democrática y su correlativa manifestación en lo electoral que posibilitó la Constitución, el pueblo se manifestó para elegir determinados gobernantes, que son responsables, más que la propia Constitución, del tipo de políticas que se han adoptado. “Tanto mercado como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”. En esta fórmula resume Guillermo Perry Rubio, exconstituyente liberal y luego ministro de Hacienda, el principio económico que rigió la normativa constitucional. Además, a la iniciativa privada se le abrieron muchos espacios; por ejemplo, en la prestación de servicios públicos, que ha aumentado desde entonces en cobertura y calidad. Ha habido casos en los cuales se le abrieron las puertas al sector privado sin la creación de controles eficaces para impedir excesos y desafueros como la corrupción en la con-

⁸⁶ Privatización de las telecomunicaciones (artículos 75 y 336 constitucionales), de la educación (artículos 67 y 69, ley 30 de 1992), de salud y pensiones (artículos 44, 48 constitucionales, ley 100 de 1993) y de los servicios públicos domiciliarios (artículo 365 constitucional, ley 142 de 1994). Se ha señalado como un defecto de la Constitución la independencia del Banco de la República, porque tiende a exacerbar esta cuestión.

⁸⁷ Hay que tener en cuenta también que la política de privatizaciones como tal había iniciado antes de la promulgación de la Constitución, con el gobierno Barco (1986-1990).

tratación pública o en el sector salud. Los problemas cuya responsabilidad usualmente se le atribuye a la Constitución se corresponden sobre todo con la forma indebida en la cual se ha dado su desarrollo por los gobiernos y los congresos que han actuado bajo su marco a partir de diversas leyes que la han reglamentado. Una Constitución es impotente ante las malas políticas o mala gestión pública.

Dentro de los aspectos económicos de la Constitución podría enfatizarse en que uno de cada cinco artículos tienen relación directa con la economía (casi 80), además del capítulo XII sobre el régimen económico y la hacienda pública, y el capítulo II de los derechos, las garantías y los deberes (económicos, sociales y culturales), la adscripción de la fórmula política del Estado social de derecho y la organización como República descentralizada, los artículos 48 y 49 sobre participación privada en prestación de servicios públicos (salud y educación sobre todo) e incluso el artículo 86, que consagra la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Dentro de los aspectos macroeconómicos, se reconoce el papel activo del Estado para lograr el pleno empleo y, en general, corregir las fallas del mercado en términos de eficiencia y equidad. Hay un numeroso articulado referido al manejo de la economía: política económica e intervención estatal general. Los artículos 226 y 227 tratan sobre la internacionalización de las relaciones económicas e integración, el artículo 334 sobre la dirección general de la economía a cargo del Estado, el artículo 371 sobre la autonomía del Banco de la República, y el artículo 373 sobre el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda por medio del Banco de la República. La autonomía del Banco se ha ejercido no obstante como es debido; es decir, en coordinación con la política económica estatal. Hubo un mayor aumento del tamaño del Estado con un correlativo aumento del gasto social, pues del 7% del PIB pasó a casi el 15%. También evolucionaron las transferencias a entidades territoriales, con el importante antecedente de la ley 715 de 2001.⁸⁸

Por distintos factores relacionados con la corrupción, la ineficiencia, las alianzas oportunistas con el Ejecutivo y los compromisos que adquiere con sus financiadores por los altos costos de ingreso y permanencia en la política, el Congreso en Colombia ha perdido paulatinamente la preeminencia que le otorgó la Constitución. Además de haber derivado en apatía política

⁸⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias, de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

y descrédito social, la preeminencia perdida la ha retomado en algún sentido la Corte Constitucional donde se debaten asuntos de impacto no sólo social, sino también fiscal, que en otras democracias constitucionales ha decidido el Congreso. En Colombia, la manera en la cual la Corte Constitucional ha desplegado sus facultades y los efectos que le ha dado a algunas de sus polémicas sentencias ha derivado muchas veces en enfrentamientos entre las ramas del poder público, y entre las altas cortes de la propia rama judicial.

Los límites y vínculos que las Constituciones contemporáneas establecen al poder político se traducen en un cambio de paradigma, respecto de la ley y los derechos, que ha acompañado este proceso. Debido a que en la Constitución se consagra como razón de ser del Estado-aparato (parte orgánica) la realización de fines como la garantía de los derechos (parte dogmática),⁸⁹ se limita el poder del gobierno y el Congreso para tramitar leyes y sus propias reformas, pero sobre todo se amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. No son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida en que respete los derechos. Los derechos a partir de 1991 se han convertido en el eje del examen jurídico de cualquier asunto sometido a la composición jurisdiccional.⁹⁰

De la Constitución, como límite al orden jurídico, se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.⁹¹ “Primero los derechos que las leyes, primero los derechos que la autoridad”.⁹² Por su naturaleza normativa y a partir de su fuerza vinculante, las Constituciones son esquemas para orientar la actuación de las ramas del poder público. Las normas orgánicas estable-

⁸⁹ Determinando así una subordinación de la primera parte respecto de la segunda. Ciro Angarita, exmagistrado de la Corte Constitucional, era de la creencia que la parte orgánica debía interpretarse a la luz de la parte dogmática. Véase la sentencia de la que fue ponente T-406 de 1992. Ahora, debido en cierta medida al desarrollo que la jurisprudencia ha alcanzado como fuente de derecho, la parte orgánica debe incluso realizarse desde la parte dogmática.

⁹⁰ Heredero en este punto del constitucionalismo alemán de posguerra, en Colombia se podría decir lo mismo que dijo Friedhelm Hufé, para quien la República Federal de Alemania (*Bundesrepublik Deutschland*) se había convertido en la República de los Derechos Fundamentales de Alemania (*Grundrechtsrepublik Deutschland*). Cit. por Unger, Mark, “Sesenta años de la ley fundamental alemana”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.

⁹¹ Aguiló, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional, cit.*, 2010; 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010.

⁹² Expresó César Gaviria en homenaje del partido Liberal por los veinte años de la Constitución (Bogotá, 21 de junio de 2011).

cen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, mientras que las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

La Constitución tiene la máxima validez formal, porque, conforme a su artículo cuarto, se trata de “la norma de normas”, y en cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. Por su naturaleza normativa, la Constitución no sólo es válida en tanto norma, sino que tiene fuerza vinculante, porque sus mandatos se aplican directamente y son obligatorios a los poderes públicos y privados. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte para proteger su supremacía, al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden modificarla, y su integridad, al realizar el proyecto de país y sociedad que consagran sus provisiones. La Constitución se interpreta de forma sistemática, porque para resolver un caso se articulan, directamente en la interpretación, diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (principio jurisprudencial de goce efectivo de los derechos). Las Constituciones de los países de la región reflejan el descontento social ante las situaciones que se viven, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira y a su vez contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. Dentro de las características de la Constitución también se encuentra su contenido sustantivo, en la medida en que no contiene sólo normas orgánicas, sino también dogmáticas, valores y principios.

Un aspecto trasversal a las reformas constitucionales realizadas en América Latina es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad, al procurar conseguir la unidad alrededor del pluralismo y reconocerla no como un mal menor, sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado. Siguiendo la tendencia de separar a la Iglesia del Estado, que por ejemplo en Estados Unidos aconteció durante la Corte Warren,⁹³ la Constitución de 1991 realizó un significativo cambio cultural al definir laico al país.

Si bien el preámbulo de la Constitución invoca a Dios, Colombia es un país laico, porque el artículo 19 consagra la libertad de cultos. La Constitución, por tanto, confirió igual valor jurídico a todas las confesiones reli-

⁹³ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 1963. *Abington Township School District v. Schempp*, 374 U.S. 203, 1963.

giosas, por lo cual los organismos estatales deben ser neutrales en materia religiosa.⁹⁴ Aunque la Corte Constitucional ha reconocido que el Estado y sus autoridades deben proteger las religiones como derechos individuales y colectivos trascendentales,⁹⁵ ha sido en general estricta en mantener la separación entre la Iglesia, de cualquier confesión, y el Estado. Es decir, Colombia es un país laico más no ateo o agnóstico.⁹⁶ La laicidad estatal es una garantía para respetar los principios que soportan el Estado social de derecho.⁹⁷ La garantía a valores constitucionales como la tolerancia y la pluralidad implican que no se le puede brindar a una determinada confesión, por mayoritaria que sea, una mayor oportunidad participativa para imponer su visión y el valor de su doctrina sobre la oportunidad de participación de cualquier otra confesión. Ningún organismo estatal puede interceder a favor de la mejoría en las condiciones de difusión de una determinada religión. Tienen entonces el deber de no promocionar o patrocinar alguna confesión.⁹⁸ La Corte ha resuelto que no se pueden otorgar tratos discriminatorios que privilegien una determinada religión sobre otros.⁹⁹ En este sentido, fue consistente con sus precedentes cuando declaró inexistente la ley 1402 de 2010 “por la cual la Nación se asocia a la celebración de los 50 años de la Diócesis de El Espinal y se declara monumento nacional a la catedral de El Espinal, en el departamento del Tolima”.¹⁰⁰

⁹⁴ Sentencia C-350 de 1994. Hay una sólida subregla integrada por numerosas sentencias que en casos concretos o de control abstracto de constitucionalidad han mantenido separado al Estado de la Iglesia. En la más reciente, T-453 de 2012 que resolvía un caso de pensiones y protección de la seguridad social y del mínimo vital, se reiteró el principio de laicidad, y con base en la subregla y en los artículos 1 y 19 constitucionales, respectivamente sobre pluralismo y libertad de cultos, se prohibió en concreto que en documentos públicos se incluyeran citas bíblicas. Se dice en la sentencia que las autoridades públicas “en el ejercicio de sus funciones, están obligadas a respetar el principio de laicidad que caracteriza al Estado colombiano y que se materializa en la imposibilidad de que sus autoridades adhieran o promuevan determinada religión, o adopten cualquier conducta que desconozca el pluralismo, la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas consagrados por la Carta Política”. Sobre el principio de Estado laico y el pluralismo religioso en la Constitución colombiana, pueden consultarse las sentencias: C-027 de 1993, C-088 de 1994, C-568 de 1993, C-350 de 1994, C-609 de 1996, C-766 de 2010, C-152 de 2003 y C-1175 de 2004 y C-817 de 2011.

⁹⁵ Sentencia C-088 de 1994.

⁹⁶ Sentencia T-823 de 2002.

⁹⁷ Sentencia C-1175 de 2004.

⁹⁸ Sentencia C-766 de 2010.

⁹⁹ Sentencia C-152 de 2003.

¹⁰⁰ Sentencia C-817 de 2011. En esta sentencia la Corte cita a Ronald Dworkin (*Is democracy possible here?*) para ilustrar la diferencia entre las sociedades religiosas tolerantes, para las cuales la práctica religiosa debe ser objeto de protección estatal, pero admiten que se debe

La Corte en estos casos ha recurrido también a argumentos de derecho comparado para abordar las diferencias entre la jurisprudencia constitucional de diversos contextos respecto de la separación entre las Iglesias y el Estado, y en concreto para analizar la cuestión acerca de la manera idónea de trazar la línea divisoria entre, por un lado, la separación entre la Iglesia y el Estado, así como el amparo del pluralismo religioso, y por otro lado, la libertad de cultos y las prácticas religiosas concebidas como derechos individuales y colectivos trascendentales.¹⁰¹ La Corte ha debido construir una subregla con argumentos doctrinarios y jurisprudenciales provenientes de otros contextos para determinar hasta dónde llega la libertad religiosa y hasta qué punto puede ser legítimamente vulnerada por el amparo a otros derechos. Las diferencias entre las democracias liberales no confesionales y las pluralistas se reflejan en decisiones opuestas respecto de si, por ejemplo, en las escuelas públicas está permitida o prohibida la oración religiosa, la enseñanza de la religión o del creacionismo conjuntamente con la teoría de la evolución de las especies.

La Constitución de 1991 amplió el reconocimiento a las cerca de 1,500 Iglesias existentes. El nacimiento de la Constitución implicó el descenso de la preeminencia que la Iglesia católica tuvo, no sólo como única fe amparada por el Estado, sino tratándose de su poder en diversos escenarios públicos. La Constitución de 1886 preceptuaba, por ejemplo, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión católica (artículo 41).¹⁰² En virtud del concordato (1887) la formación en

expresar a través de diversos credos o, inclusive, respetan que los ciudadanos no profesen ninguno; y las sociedades seculares que aceptan la práctica religiosa de los ciudadanos, o la abstención en este sentido, pero no porque se considere que las religiones son un ámbito constitucionalmente protegido, sino que tales prácticas son parte de la autonomía individual. Para la Corte, analizando a Dworkin, la religión no tiene un valor intrínseco, por lo que el Estado debe ser neutral y permitir su práctica en la medida en que la creencia hace parte del ámbito de libertad individual e intimidad.

¹⁰¹ “Mientras que en Alemania las acciones estatales positivas de protección y apoyo a las iglesias son permitidas, en Estados Unidos está prohibido que el Estado actúe con un propósito ó efecto religioso, pero puede adoptar decisiones con algún impacto religioso siempre que no sean preferenciales o discriminatorias, y en Francia el principio de laicidad exige ausencia completa de relación entre el Estado y las Iglesias e impide manifestaciones o decisiones que puedan significar que las escuelas o entidades públicas tienen relación no solo con alguna religión específica sino con la religión en general. Estos enfoques diferentes obedecen a tradiciones históricas y culturales también distintas, aunque tienen en común la exclusión de un Estado confesional, el establecimiento de religiones oficiales, la identificación del Estado con una religión y la preferencia estatal por una iglesia”. Sentencia C-152 de 2003.

¹⁰² Poco más de dos décadas antes había escrito el papa Pío IX, en la encíclica *Syllabus*, que serían condenados con la excomunión quienes dicen que la Iglesia no tiene potestad

todos los centros educativos se debía organizar de conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica (artículo 12). Por lo tanto, se tenía la facultad para inspeccionar y revisar los textos usados como material de enseñanza. “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (artículo 13).

Desarrollos teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales acontecidos en los países en los cuales nació el constitucionalismo como forma de organización jurídico-política tuvieron particular influjo en el contenido dogmático de la Constitución, y se han receptado por parte de la jurisprudencia constitucional, particularmente significativos en cuestiones como la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, en la interpretación del principio de igualdad y en la fundamentación de las maneras de resolver colisiones entre, por ejemplo, libertad de expresión e intimidad.¹⁰³ La Corte, por ejemplo, ha incorporado como criterio argumentativo de su jurisprudencia la metodología de test de igualdad en su versión estadounidense y el principio de proporcionalidad de raigambre germano.¹⁰⁴

En Colombia se inició la configuración de un nuevo paradigma jurídico desde el discurso del entonces presidente César Gaviria en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual fue el primer norte ideológico que desde el gobierno recibieron los constituyentes conjuntamente con los proyectos de reforma más importantes que presentó el gobierno, tales como la creación de una jurisdicción constitucional independiente y la inclusión de un amplio catálogo de derechos. Este paradigma sería edificado progresivamente sobre la estructura de la jurisprudencia constitucional y la doctrina que, interesadas por los desarrollos jurídicos trasnacionales, se enfocaron en las formas como se implementaron reformas constitucionales ambiciosas en contextos como el español, el italiano y el germano. El derecho constitucional jurisprudencial comparado fue relevante para la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus inicios, para determinar los límites al margen de configuración del legislador y para definir las

para definir dogmáticamente la religión católica como la única verdadera y quienes proclaman el error de la enseñanza laica o que la Iglesia debe estar alejada de los colegios.

¹⁰³ Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2001.

¹⁰⁴ Insignares, Silvana y Molinares, Viridiana, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 124, enero-junio 2012. Sustentan que con el recurso a tales criterios se ha reducido el margen de discrecionalidad judicial.

formas de resolver jurídicamente las colisiones entre derechos e intereses constitucionales.

Como ideas centrales de lo que primigeniamente se concibieron como caracteres distintivos del nuevo constitucionalismo en Colombia, se podría destacar la promoción de la igualdad por sobre la protección de la libertad que se expresó en la conciencia de que sin justicia social es imposible contar con una ciudadanía integrada en la medida en que mientras se continúen registrando las alarmantes y casi invariables cifras de pobreza, desigualdad, subdesarrollo y desempleo, habrá personas que fácilmente serán cooptadas para integrar las filas de la subversión o para suplir la mano de obra de la parte más riesgosa del negocio del narcotráfico. Una variable que no ha sido bien analizada cuando se aborda la dificultad de lograr la paz o al menos reducir las cifras de criminalidad, es el hecho de que continúe la política prohibicionista respecto del consumo de drogas, pues la existencia del narcotráfico tornará ineficaces las medidas legislativas o políticas que procuren pacificar la sociedad y acabar la criminalidad. Además, en un país tan desigual económicamente y tan jerarquizado socialmente, la dinámica del narcotráfico ofrece sobre todo a los pobres rurales, oportunidades que la economía formal no logra.

En el escenario global, la Corte Constitucional colombiana¹⁰⁵ ha sido reconocida como alineada con causas progresistas y como particularmente comprometida con el garantismo que comportan las provisiones constitucionales y con el control a los desbalances de poder y al (hiper)presidencialismo. El sentido de sus decisiones, así como las razones que ha esgrimido en sustento y la perspectiva teórica desde la cual las ha enfocado, la han situado cada vez más en la vanguardia del constitucionalismo en la región¹⁰⁶ considerando los países que entraron al neoconstitucionalismo en la última etapa, desde 1980, tales como Hungría, Sur África, India y Co-

¹⁰⁵ El influjo en Colombia del derecho administrativo francés trasciende la periodización neoconstitucional. El Consejo de Estado había sido instituido por el mismo Bolívar como órgano consultivo del gobierno (Decreto 30 de octubre de 1817), luego se suprimió (Acto Legislativo 10 de 1905) y la Constitución de 1886 lo revivió con funciones consultivas, pero también jurisdiccionales. El Acto Legislativo 3 de 1910 dispuso el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero fue el Acto Legislativo 1 de 1914 el que lo restableció. La Constitución de 1991 (título VIII, cap. III) lo reconoció. El trabajo más difundido sobre los orígenes del derecho administrativo colombiano es Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a ed., Bogotá, Temis, 2011. Para una perspectiva crítica, véase, Malagón, Miguel A., *Vivir en policía*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

¹⁰⁶ Arango, Rodolfo, *Derechos, justicia constitucional y democracia*. Bogotá, Universidad Externado, 2004. Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

rea del Sur.¹⁰⁷ Valiosas lecciones quedaron sobre este punto luego del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, que se realizó en octubre de 2011 en Bogotá con presencia de magistrados y académicos de diversos países, quienes destacaron cosas como la manera en que la jurisdicción constitucional colombiana ha contribuido a entender las posibilidades que tiene el derecho para mejorar las condiciones sociales en contextos marcados por la pobreza y la desigualdad.¹⁰⁸ Se ha argumentado que la Corte Constitucional colombiana es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁰⁹ asimismo, que supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas en Latinoamérica.

En distintos contextos jurídicos, y en concreto judiciales, en países de la región se han destacado decisiones de la Corte Constitucional, que han sustentado subreglas que, en desarrollo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, del catálogo de derechos, de principios como la colaboración armónica entre las ramas del poder público, el goce efectivo de los derechos, la realización de los derechos como fin del Estado y la garantía a la salvaguarda de la integridad de la Constitución, han contribuido de forma determinante no sólo en la interpretación, sino también, e incluso particularmente, en la creación y desarrollo del derecho constitucional, con profunda incidencia en la legislación en general.

Además de las reformas que introdujo, respecto de su antecesor, la Constitución colombiana ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado constituyen factores de

¹⁰⁷ Dornbach, Alajos, “Retroactivity Law Overturned in Hungary”, *East European Constitutional Review*, núm. 1, 1992; Zirzak, Spencer, “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, vol. 3, núm. 1; Margaret A. Burnham, “Cultivating a Seedling Charter: South Africa’s Court Grows its Constitution”, *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 3, núm. 29, 1997; Sripati, Vijayashri, “Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India”, *American University International Review*, núm. 14, 1998; Crossman, Brenda y Ratna, Kapur, “Secularism’s Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India’s Struggle for Democracy”, *Harvard International Law Journal*, vol. 38, núm. 113, 1997; Kung Yang, “The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea”, *Verfassung und Recht in Übersee*, núm. 31, 1998; Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights*, Basic Books, 2004; Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006.

¹⁰⁸ Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, cit.

¹⁰⁹ Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, 2010.

singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia del sistema regeneracionista, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte y le han generado un alto índice de favorabilidad entre la opinión pública, el cual siempre ha superado el índice de la rama judicial en conjunto.¹¹⁰

El nuevo derecho colombiano es vanguardista de las tendencias que han acometido varios países de la región con el cambio o la reformulación de sus Constituciones. Como una especie de rareza en el contexto iberoamericano e incluso global, la jurisdicción constitucional colombiana es considerada particularmente proactiva en sus sentencias y la que más ha judicializado diversos tipos de problemas públicos y políticos. Se reconoce como comprometida con las tesis medulares del neoconstitucionalismo. En veinte años de prolífica jurisprudencia, la Corte ha tomado una serie de decisiones que han suscitado muchas y muy airadas críticas. Se le objeta sobre todo porque presuntamente se entromete en las funciones y competencias de las otras ramas del poder público. El progresismo de las actuaciones judiciales y la judicialización de cuestiones tradicionalmente decididas en la esfera política o legislativa han desembocado en un inédito protagonismo judicial.

V. EL PODER DEL PODER JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Con la expresión “choque de trenes” los medios de comunicación nacionales han reportado los enfrentamientos entre las ramas del poder público y las altas cortes de la propia rama judicial, por las facultades de la Corte Constitucional y los efectos de sus sentencias. Las polémicas que surgen por el activismo judicial no son, en forma alguna, exclusivas de Colombia. A medida que los países dotan a sus Constituciones de la máxima validez formal, incluyen un robusto catálogo de derechos, consagran mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía y se establecen altos tribunales para resguardar la integridad y supremacía de la Constitución, la política tiende a judicializarse, y el Poder Judicial adquiere un mayor protagonismo como consecuencia de la expansión vía jurisprudencial de la densidad normativa material de la Constitución.

¹¹⁰ La Corte Constitucional ha registrado (Gallup) índices de favorabilidad que rondan el 57%. A inicios de 2011 ascendió casi diez puntos. Esto resulta más sugestivo cuando se contrasta con el 33% de favorabilidad del sistema judicial en general y con el 53% de opinión desfavorable que registra el Congreso.

En un contexto de roles judiciales proactivos y activistas se suele escuchar que estamos ante una democracia judicial o frente a la dictadura de los jueces. Se han presentado varios argumentos para objetar la revisión judicial de constitucionalidad y para restringir el papel de la Corte a la revisión de la legislación expedida por el Congreso, pero sobre todo la jurisprudencia constitucional progresista, por ser no democrática o incluso antidemocrática. Se ha afirmado repetidamente que la Corte se ha arrogado demasiados poderes y que interviene en campos que no le corresponden. La objeción se exacerba cuando los fallos tienen contenido económico y, puntualmente, de cuando ejercen impacto fiscal, porque usualmente genera gasto público no contemplado en el presupuesto.

Desde el inicio de la actividad jurisprudencial, la Corte ha empleado varios tipos de exámenes de constitucionalidad, dentro de los que se destacan: el test de igualdad, el criterio de razonabilidad, la ponderación, el juicio de proporcionalidad y los juicios de constitucionalidad (débil o fuerte).¹¹¹ La Corte ha incorporado como criterio argumentativo de su jurisprudencia la metodología de test de igualdad en su versión estadounidense y el principio de proporcionalidad de raigambre germano.¹¹² Ante los fallos progresistas surge la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial. La Corte, mediante un desarrollo jurisprudencial particularmente prolífico, ha ido extendiendo los efectos de la parte motiva de las sentencias, sin dar efectos generales, pero sí con fuerza obligatoria para las demás autoridades. Obligan a los demás jueces de tutela en este sentido.

Un punto que no se puede perder de vista, respecto de los efectos de las sentencias que profiere la Corte (*inter partes* la tutela, *erga omnes* las de constitucionalidad y las de unificación), es que las tutelas al principio de la jurisprudencia fueron proferidas en clave de efectos *inter partes*, o sentencias de amparo, como se denominan en el derecho comparado. Con posterioridad se han proferido numerosas sentencias en las cuales, luego de constatar los factores que conducen a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, extiende los efectos de las órdenes que imparte para proteger el derecho a la igualdad de quienes, si bien no impetraron la acción, se encuentran en similar situación a la demandada. Los efectos de las órdenes tienen un al-

¹¹¹ Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de las leyes”, *El derecho de los derechos*, cit., Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit.

¹¹² Insignares, Silvana y Molinares, Viridiana, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 124, enero-junio de 2012. Sustentan que con el recurso a tales criterios se ha reducido el margen de discrecionalidad judicial.

cance mayor¹¹³ porque trascienden a, y no sólo a los peticionarios del caso concreto.¹¹⁴ El mayor alcance de tipo material y temporal de esta clase de tutelas procura estar acorde con la magnitud de la violación.¹¹⁵

En otras sentencias de tutela, además de las que profiere en el marco de un Estado de cosas inconstitucional, la Corte ha ordenado que se tomen medidas o que se adopten programas o políticas que beneficien a más personas adicionalmente a los accionantes.¹¹⁶ La consecuencia es entonces la extensión de los efectos de la acción de tutela a quienes no la interpusieron, para lograr la protección efectiva de los derechos dada la magnitud de la situación, y para garantizar el principio de igualdad de quienes se encuentran en una situación similar. También ha impartido órdenes a las autoridades competentes, respetando las respectivas competencias, para que adopten las acciones necesarias para corregir la situación.

En Colombia, así como en otros países latinoamericanos,¹¹⁷ ha sido particularmente manida la “objeción contramayoritaria” hacia el Poder Judicial,¹¹⁸ y en concreto hacia la máxima institución de la jurisdicción constitucional, en virtud de la cual como los magistrados no son elegidos por el pueblo, sino nombrados por el Congreso, no hay en ellos “legitimidad” para obrar estableciendo que determinadas normas proferidas por el órgano que representa al pueblo no deben formar parte del sistema jurídico. Por ilustrar, la objeción en columna de prensa de influyente diario medellinense:

¹¹³ Sentencia T-203 de 2002.

¹¹⁴ Sentencia T-843 de 2009.

¹¹⁵ Sentencia T-025 de 2004.

¹¹⁶ En la sentencia T-1101 de 2001 se ordenó al Ministerio de Trabajo que adoptara un programa que garantice los derechos de los trabajadores temporales y establezca correctivos que eviten que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos. En la sentencia T-131 de 2005 se ordenó a la Fiscalía General que efectuara un plan para la implementación de la carrera administrativa. Otros casos, en las sentencias, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU-250 de 1998, T-590 de 1998, T-606 de 1998, SU-090 de 2000, T-847 de 2000, T-1695 de 2000, T-493 de 2005 y SU-388 de 2005.

¹¹⁷ Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; Barroso, Luís R., *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

¹¹⁸ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril, 1997; Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”; Ferreres, “Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, y Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

La Corte Constitucional debería ocuparse casi exclusivamente sobre el cumplimiento de los trámites en la aprobación de las leyes. En cuanto al contenido de ellas no debería ir más allá de retornarlas al Congreso si no está de acuerdo con éste. O mejor aún, concertar con él. Unos magistrados ineptos en numerosos campos del saber, sin elección popular y sin mayores responsabilidades, no puede suplantar al Congreso y legislar sobre lo divino y lo humano.¹¹⁹

Monseñor Juan Vicente Córdoba renegó en el mismo sentido: “¡Zapatero, a tus zapatos!, cada poder a lo suyo, el ejecutivo a realizar las leyes, el legislativo a hacerlas y el judicial a cuidarlas y a sancionar. La Corte se atribuyó lo que hace el Congreso y están haciendo leyes”.¹²⁰

Para sofisticar la objeción, citemos a quien la formuló por primera vez: Alexander Bickel, para quien

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema... cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma proferida por el legislativo o por el ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real aquí y ahora... El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia y esa es la razón por la cual puedo hacer la acusación de que el control judicial es anti-democrático.¹²¹

Tras esta cuestión hay un problema significativo, no solo del constitucionalismo, sino del estudio científico de la política que tiene que ver con el rol —no sólo la potestad, sino la legitimidad de ejercicio— de los tribunales constitucionales, cuyos miembros no son *elegidos*, sino *nombrados*, ante dos tipos de situaciones: normas proferidas por el Congreso, como órgano de mayor legitimidad popular, pero que vulneran principios constitucionales, o déficit amplio y generalizado en la prestación de derechos que fuerzan a la Corte a tomar un rol en la creación y desarrollo del derecho, lo cual termina por ensanchar el contenido normativo de la propia Constitución. Se han presentado varios argumentos para objetar estas situaciones, por ser antidemocráticas. No es este claramente el lugar para repasarlos, pero interesa enfatizar que debido a los márgenes constitucionales que tienen las democracias contemporáneas, una institución debe asumir el rol de control de que las mayorías están respetando el pacto constitucional.

¹¹⁹ González Rodríguez, Hernán, “Desaciertos de nuestra justicia”, *El Colombiano*, Medellín, 9 de junio de 2009.

¹²⁰ Revista *Semana*, abril 27 de 2012.

¹²¹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, pp. 16 y ss.

Dos contraargumentos rebaten esta objeción. El formal señala que hay muchos otros funcionarios por cuyos cargos tienen que ostentar una separación con el ciudadano y con su refrendación popular. Que una norma proferida por el órgano representativo del pueblo, conformado por un par de cientos de personas, sea declarada inconstitucional por un tribunal de nueve magistrados, para muchos ofende principios en virtud de los cuales, en una democracia, todos los funcionarios son elegidos y deben responder periódicamente, mediante el voto, ante el pueblo. Pero tampoco son elegidos por el pueblo los ministros, el gerente del Banco de la República y la cúpula de las fuerzas militares, y sin duda ellos pueden causar más daño en una semana que cualquier juez en toda su carrera.¹²²

El problema real no es el grado de representatividad popular de estos funcionarios, tal como el de los magistrados, ya que no habría dudas acerca de que por no estar sometido su cargo a los designios populares carecerían de la legitimidad para hacer aquello que la Constitución y la ley les exigen. El vínculo directo funcionario-pueblo no sólo no es real en muchos casos, sino que incluso no es deseable en muchos otros. Cargos como los codirectores del Banco de la República, los miembros de organismos de control y los magistrados de las altas cortes, deben ostentar una cierta antipatía con las mayorías representadas en el Congreso o en el gobierno, según quien los haya nominado o elegido, si en casos complejos se quieren resguardar los principios medulares que sustentan una democracia constitucional.

La cuestión tiene que ver más bien con lo que se espera de una democracia en el marco del neoconstitucionalismo, pues los ministros y los codirectores del banco, por ejemplo, tienen no solo la potestad, sino la obligación de desafiar la voluntad mayoritaria plasmada en leyes o en reformas a la Constitución, cuando están en riesgo las garantías constitucionales. El contraargumento sustancial en torno al rol que en una democracia constitucional deben tener los tribunales constitucionales, mediante controles de diferentes intensidades, es más importante porque experiencias comparadas demuestran que poco se ha ganado cuando desde la institucionalidad se pretende responder al reclamo formal implementando medidas como la elección popular de magistrados, tal como en Bolivia.¹²³

¹²² Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional, cit.*

¹²³ Constitución de Bolivia, vigente desde el 7 de febrero de 2009, artículo 182: “Los magistrados y las magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal”. Autores como Garzón Valdés han realizado sugerencias de medidas en principio más exitosas para que haya mayor independencia judicial: nombrar

Los codirectores y los magistrados tendrían el mismo grado de legitimidad, porque unos son nombrados por el presidente que elige el pueblo, y otros por el Congreso, que elige de igual forma el pueblo. Como es más profunda la amenaza real que desde las mayorías se le puede plantear a una democracia, el contraargumento sustancial debe merecer mayor atención, pues tiene poco que ver con el hecho de que los magistrados sean o no elegidos popularmente en elecciones, y que de manera periódica respondan ante el pueblo para decidir si los ratifica o no en sus cargos.

Desde finales de 1940 el concepto de democracia cambió en Occidente y se desarrolló paulatinamente con relación a los principios consignados en las Constituciones que se proclamaron en los distintos momentos de entrada al neoconstitucionalismo. El impacto sobre la función judicial fue inmediato. Después de la ruinosa debacle en que el fascismo sumió a Europa, se procuró rehabilitar el derecho mediante el establecimiento de nuevas garantías ciudadanas y compromisos entre gobernantes y gobernados para romper radicalmente con el pasado reciente. Otra respuesta fue la creación de tribunales constitucionales. Aunque no tienen la posibilidad de convertirse en los garantes súper poderosos de las democracias, como muchas veces se les concibe, en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la realización de los fines estatales, no se les puede relegar a un rol de instancia estricta de legislación negativa.¹²⁴ Se constituyen en un poder legítimo creador de derecho. La cuestión cardinal es el resguardo jurisdiccional de la democracia constitucional: qué no pueden decidir ni siquiera las mayorías y cómo deben proceder los tribunales constitucionales en casos de violación de derechos fundamentales por cuenta de la inacción o acción insuficiente del gobierno o el congreso.

El gobierno sometido al Estado democrático de derecho tiene sentido precisamente porque debe tener límites definidos la configuración política de la voluntad (más que mayoritaria) de quienes, en un contexto y en un momento determinados, detentan el poder. Aunque surge una cuestión en principio discutible sobre la necesaria prevalencia de las opiniones de los magistrados sobre las de la opinión pública, particularmente los firmantes de iniciativas legislativas, y los congresistas: la presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar se desestima no sólo porque en las democracias latinoamericanas, y la colombiana en particular, no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino porque incluso si

jueces por períodos determinados sin posibilidad de reelección y elevando a mayoría cualificada de dos tercios del congreso su selección.

¹²⁴ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel, 1987.

así fuera, el propósito de las declaraciones de derechos que se incluyeron en las Constituciones luego de la segunda posguerra fue precisamente retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la cotidianidad política. Madison sostenía que el “trono de la razón” debe estar resguardado de “pasiones mayoritarias”.¹²⁵

Un aspecto medular de la justicia constitucional es evitar cualquier tipo de discriminación. En ello radica parte esencial de la razón de existencia de un tribunal constitucional, pues en virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un estamento especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos, gobiernen en beneficio de todos, y que cualquier trato desigual está justificado jurídicamente. La sociedad como un todo puede sustentar opiniones discriminatorias, ofensivas a una minoría o pretender imponer ideologías o cosmovisiones determinadas. La democracia como forma de organización jurídico-política de los Estados cuenta con una característica importante: las decisiones colectivas son válidas en la medida en que sean adoptadas por el pueblo mediante los mecanismos de participación establecidos. En una democracia mediada por una Constitución, la legitimidad se distingue de la estricta validez. El proceso de configuración de las cuestiones políticas debe, por tanto, contar no sólo con apoyos mayoritarios, sino con la participación de todos aquellos que serán afectados, así sea potencialmente, por las decisiones. De ahí también que en los últimos años hayan recibido tanta atención concepciones normativas de la democracia, como aquella en virtud de la cual la deliberación debe mediar las decisiones que regirán en la sociedad.

Dworkin sostuvo una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente al gobierno o las mayorías que detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana.¹²⁶ Ninguna directriz política, ni ningún objetivo social pueden sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general debe estar supeditado al respeto de los derechos de todos. La legitimidad de las opiniones sustentadas en la esfera pública es dependiente de los derechos individuales. Para Rawls,

no importa cuán eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en

¹²⁵ Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist Papers*, Rossiter Clinton (ed.), Nueva York, New American Library, 1961, núm. LXXVIII, vers. cast., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

¹²⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros.¹²⁷

Sin embargo, para algunos teóricos la tensión entre derechos fundamentales y democracia no existe, porque los primeros son presupuestos por la segunda. Para otros, en cambio, existe una tensión entre derechos fundamentales y democracia, porque los derechos fundamentales limitan las posibilidades de decisión legislativa y aseguran a personas y grupos frente a la voluntad política mayoritaria.¹²⁸ Bayón ha abordado el dilema que representan los mecanismos institucionales contramayoritarios, a saber: la democracia constitucional y la objeción democrática al constitucionalismo. Sostiene que se ha tendido a subestimar la dimensión del problema y a dar por sentado que entre democracia y constitucionalismo no hay ninguna dificultad severa. Critica que para presentar la inexistencia del dilema se acude a unos pocos argumentos aparentemente muy sencillos, y de cuya solidez no parece dudarse en lo más mínimo, dentro de los cuales se encuentra que insiste en que la democracia no puede identificarse sin más con el mero procedimiento de toma de decisiones colectivas por mayoría, sino que implica una serie de requisitos sustanciales sin los cuales sería grotesco calificar una decisión mayoritaria como auténticamente democrática. Presupone demasiadas cosas y muy discutibles la idea de que la democracia constitucional es una exigencia inmediata del compromiso con el ideal de los derechos. Hay una tensión inevitable entre dos aspiraciones irrenunciables e igualmente valiosas: el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos, como aquellos que aseguran la autonomía individual.¹²⁹

Una adecuada teoría de los derechos como la que ha propuesto Alexy es central para resolver el conflicto que surge por las competencias del

¹²⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 3. El planteamiento de Rawls al respecto gira en torno a la imposibilidad de fundamentar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría, ya que la justicia no está sujeta a las transacciones y el provecho de unos, así sean mayoría ni puede darse nunca en detrimento de otros, por pocos que sean.

¹²⁸ Arango, Rodolfo *Derechos, justicia constitucional y democracia*, cit.

¹²⁹ Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

Tribunal Constitucional y el Congreso,¹³⁰ así como para distencionar la relación entre la democracia y los derechos fundamentales,¹³¹ entre lo que pueden hacer las mayorías directamente o por intermedio de sus representantes, y la concepción de las normas de derecho iusfundamental como límites a la voluntad política mayoritaria. Una de las condiciones necesarias para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales tiene que ver con la debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces constitucionales y el legislador como representante de la voluntad popular. Los principales problemas de justificación del constitucionalismo surgen al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus elementos.

Al concepto “democracia” se le agregó el adjetivo relacional “constitucional” porque independientemente de las mayorías o las fuerzas políticas que quieran imponer un determinado cambio, si rebasan los principios constitucionales, que son los diques por donde debe fluir la fuerza del poder político y el cauce para impedir que la voluntad electoral se desborde, el cambio propuesto debe invalidarse así se juzgue de elitista y “antidemocrático” al Poder Judicial, que cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al Poder Legislativo.¹³²

Al partir entonces, de los principios constitucionales se edifican estándares que son, en últimas, los que permiten comprender aquello que los poderosos pueden imponer a los débiles.¹³³ La democracia constitucional se distingue de la soberanía popular y del mayoritarismo porque mientras éstas son ideas descriptivas sobre los procedimientos de toma de decisiones, aquélla es una idea normativa que se refiere a valores políticos sustantivos. La democracia constitucional es una concepción normativa de la democracia porque consagra los principios que nos permiten determinar si en circuns-

¹³⁰ Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

¹³¹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional, cit.*

¹³² Alexy, Robert, “Constitutional Review as Argumentative Representation” [inédito]. vers. cast. de Leonardo García J., “Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

¹³³ En contextos de menor desigualdad en el ingreso, mejor sistema de representación política y menor diferencia entre ricos y pobres, se suele referir este punto como aquello que “las mayorías” pueden imponer a “las minorías”. En Colombia, y en general en Latinoamérica, por el contrario, las mayorías son débiles mientras que una minoría con poder es la que impone la agenda según sus intereses.

tancias específicas los procedimientos de toma de decisiones son realmente democráticos.¹³⁴

Existen instituciones a las que se le confía el fortalecimiento y la conservación de los diques; es decir, tribunales constitucionales que protegen la “integridad y supremacía de la Constitución”, tal como preceptúa respecto del caso colombiano el artículo 4o. constitucional. Por un lado, operan como un legislador negativo verificando la constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos, sobre todo de aquellos que pretenden reformar parcialmente la Constitución al modificar algunos de sus aspectos esenciales; pero su función también es positiva en sentido proactivo, pues, por otro lado desarrolla en casos concretos los postulados que en forma de provisiones y garantías iusfundamentales se reconocen como uno de los fines del Estado.

Además del reconocimiento a la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad, tales diques son, en tanto elementos esenciales para asegurar la fórmula política del Estado social y democrático de derecho, el respeto por las reglas de juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder, el sistema de frenos y contrapesos, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio. Por ejemplo, la segunda reelección que proponía el referendo declarado inexequible por la Corte en febrero de 2010 habría alterado la arquitectura de nuestra democracia constitucional. Una segunda reelección hubiera permitido que el presidente capturara las instituciones destinadas a controlarlo. La reforma para posibilitarle a un presidente permanecer doce años en el poder, y sin realizar ningún otro tipo de ajuste institucional o cambio orgánico constitucional, hubiera puesto en peligro, por la posibilidad de cooptación, la independencia de instituciones como la junta del Banco de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, así como la Corte Constitucional, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

Aquello que ninguna mayoría puede decidir se encuentra establecido por los derechos de libertad, los cuales constituyen límites al poder.¹³⁵ De-

¹³⁴ Post, Robert, “Democracy and Equality”, *603 Annals of the American Academy of Political and Social Science* 24, 2006, vers. cast. de Martina Urbisaglia y Leonardo García J., “Democracia e igualdad”, en García Jaramillo, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014.

¹³⁵ Por el contrario, los sociales son derechos que corresponden a obligaciones, lo que las mayorías deben decidir, Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, t. 2, “Teoria della democrazia”. Si no lo hacen, facultan por defecto al Tribunal Constitucional para

mocracia no sólo significa en la actualidad respeto a la regla de mayorías y resguardo del derecho al voto, sino también respeto a los diques que establecen las Constituciones. Fue superada por su propia historia la idea de *demos-kratos*; es decir, el poder o gobierno del pueblo. Una democracia constitucional debe contar con mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular. El Poder Judicial resguarda el carácter indisociable de la democracia política y los derechos fundamentales. Un sistema político democrático no se establece con la mera configuración de la voluntad general a través del voto, sino que el modelo normativo de la democracia contemporánea es constitucional, porque la expresión popular está atada con un “nudo gordiano” a la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales. Ya en 1787, decía Madison que el fin del sistema constitucional es impedir que una sola facción política, que un solo partido o movimiento, se apodere del aparato institucional.

Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática.¹³⁶ Las decisiones políticas en las democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos antimayoritarias. Una democracia constitucional no es un régimen que se basa en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras a la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La tiranía mayoritaria se distingue tajantemente de la democracia basada en una Constitución.¹³⁷ La democracia, desde que se dejó de pensar sólo en la manera de configurar la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales con la posibilidad de que las distintas facciones tengan participación en la institucionalidad. La competencia electoral debe desarrollarse de forma tal que no sólo el partido en el poder pueda ganar, con la correlativa posibilidad de alternancia en el poder político.

proferir sentencias y autos con órdenes específicas hacia organismos del Estado para dotar de garantía a estos derechos.

¹³⁶ Hay una tensión entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*

¹³⁷ Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist Papers*, *cit.*

Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno sometido a los principios constitucionales, es porque deben establecerse límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo; es decir, de aquello que las mayorías pueden imponer a las minorías en casos concretos. Esta cuestión se halla entre los aspectos que tradicionalmente mayor resonancia han tenido en América Latina cuando se aborda aquello que, precisamente para resguardar la democracia constitucional, no pueden decidir ni siquiera las mayorías. En este sentido, hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las Constituciones expedidas desde la segunda posguerra. Una medida, por muy mayoritariamente apoyada que esté, si resulta violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo debe ser invalidada. En casi todos los casos la mayoría, o la facción minoritaria en el poder, sentirá un interés o una pasión comunes que procurará convertir en norma con validez universal. En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria.¹³⁸ Acuerdos con amplios apoyos mayoritarios pueden asfixiar una democracia constitucional tanto como un régimen dictatorial.¹³⁹

El Poder Judicial ha adquirido la preeminencia de la que antes carecía, porque la Constitución, y en concreto los derechos, han adquirido una preeminencia en el lenguaje jurídico y en la configuración de la acción política. En una democracia constitucional se privilegia la soberanía popular representada en una Constitución respecto de las decisiones políticas provenientes de los poderes legislativos. Al contrario de que pudiera pensarse en un primer momento, y tal como precisó Ferrajoli,

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales.¹⁴⁰

¹³⁸ Para uno de los trabajos pioneros sobre el tema véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.

¹³⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, cit., parte cuarta.

¹⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 203.

VI. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL FRENTE A LA PROBLEMÁTICA POR SU REFORMA/SUSTITUCIÓN

En una Constitución, la rigidez puede ser material-sustancial o formal. Conforme a la primera, una Constitución se expande culturalmente en la sociedad, de modo que se incorpora de forma paulatina a la práctica política, social y económica, así como en general a todos los ámbitos que componen la vida de una comunidad. En virtud de la rigidez formal, una Constitución en tanto norma fundamental debe ser escrita y disponer de un procedimiento riguroso, complejo y extenso para su reforma respecto del diseñado para la creación o modificación de las leyes, bien sea estableciendo más etapas durante su trámite parlamentario o requiriendo mayorías especiales para su aprobación; un procedimiento agravado.

Para determinar el grado de rigidez de una Constitución en un contexto determinado desde el punto de vista formal, Ferreres¹⁴¹ plantea como factores determinantes: el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la constitución, el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma y si se exige o no la participación del pueblo —bien sea directa (mediante referendo) o indirectamente (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma)—. Dentro de los objetivos que persiguen estos factores se destaca la amplitud deliberativa de las reformas, pues resulta directamente proporcional con la exigencia por mayores instituciones concurrentes con su consentimiento, por más etapas en su procedimiento de formación o por mayorías cualificadas que impidan que bancadas mayoritarias impongan las reformas sin necesidad de lograr consensos.

Ante la evolución del nuevo constitucionalismo colombiano, y considerando que en una democracia constitucional mediada por un contexto de profunda desigualdad y déficit masivo en la realización de derechos, el Poder Judicial debe desempeñar un papel proactivo más allá de la mera verificación formal de la constitucionalidad de las leyes y los actos legislativos. En este contexto, pueden surgir varios problemas relacionados, bien con el diseño orgánico de la Constitución y sus consecuencias para la efectividad de la parte dogmática, o bien con la presunta vulneración de competencias al controlar materialmente la constitucionalidad de los actos legislativos cuando el cambio recae sobre un aspecto esencial de la Constitución.

¹⁴¹ Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

Para concluir este capítulo se analizarán brevemente dos de esos problemas: primero el desafortunado tránsito de una Constitución pétrea (1886) a una Constitución maleable (1991), toda vez que lo deseable es contar con una Constitución rígida, porque una Constitución maleable ha derivado en un constitucionalismo volátil; y segundo, la facultad conferida a la Corte Constitucional para analizar la exequibilidad de una reforma a la Constitución, a partir de la problemática que surge porque si bien la propia Constitución sólo le asigna el poder de revisión formal por vicios en el procedimiento de su formación, la Corte ha construido una doctrina para fundamentar la necesidad de examinar el contenido material y, así, determinar si la disposición es reformada por otra nueva que le sustituye en un aspecto esencial.

1. *Constitución maleable y constitucionalismo volátil*

En lugar de discutir jurídicamente sobre los grados de alteración que por las reformas constitucionales hasta hoy aprobadas ha sufrido la Constitución colombiana, es pertinente articular un asunto polémico de naturaleza política, que ha recibido buena atención de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, tanto trascnacional como local. Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en 1992 ha sido particularmente manida la “objeción contramayoritaria al Poder Judicial”. La jurisdicción constitucional ha recibido constantes críticas y ataques desde diversos sectores cuando profiere sentencias ambiciosas en sus efectos. La cuestión tiene que ver, más que con una vulneración de competencias o con la falta de legitimidad constitucional, con lo que se espera de las instituciones públicas en una genuina democracia, que ya no es solo la representación popular, sino la garantía, al tiempo y, sobre todo, de principios constitucionales. ¿Cuál es el rol debido que los tribunales constitucionales le deben prestar a la ciudadanía? ¿Resulta en dicho examen relevante la consideración de que sus magistrados no son elegidos sino nombrados? ¿En qué institución del poder público radica la sede de la voluntad general? ¿Cuáles restricciones, si es que hay algunas, son admisibles en la configuración de la voluntad general en una democracia constitucional?

El equipo promotor del referendo para permitir una segunda reelección presidencial contraargumentó ante el cargo de inconstitucionalidad, diciendo que el pueblo puede tomar las decisiones fundamentales en una democracia; es decir, que puede manifestarse sobre cualquier asunto esencial en una sociedad en un momento determinado. Algunos de sus eslóganes expresaban: “Tenemos derecho a decidir”, y “En 333 mil hojas está

consignado el derecho de todos”. Dijeron, cual funcionario público en la Alemania nazi, que el pueblo en la toma de decisiones puede configurar su soberana voluntad de cualquier forma, independientemente del contenido de la medida. Uribe Vélez le espeló al senador Héctor Elí Rojas por RCN radio: “¿Para qué artificios jurídicos? Dejen que el pueblo decida”; frase que fue recogida por José Obdulio Gaviria en el título de su libro de 2006, *Reelección: que el pueblo decida*. La noción formal o procedimental de la democracia, defendida entre otros por Kelsen,¹⁴² presupone una condición necesaria, pero insuficiente para hablar de una verdadera democracia en la actualidad.

Un criterio precario que adoptó la Corte Constitucional para distinguir entre Constituciones flexibles y rígidas,¹⁴³ es que las primeras consagran una forma para su modificación igual a la establecida para el trámite de leyes ordinarias, “y, por tanto, no existe superioridad de la Constitución sobre la ley”, mientras que las segundas consagran un procedimiento para su reforma distinto al de las leyes. A partir de este criterio se define a la Constitución colombiana como rígida. De igual forma, intervenientes en la sentencia C-355 de 2003, que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley que convocaba al referendo “contra la corrupción y la politiquería” del primer gobierno Uribe, sostuvieron respecto del criterio de reformabilidad, que la Constitución colombiana puede concebirse como “rígida” debido al “complejo procedimiento establecido en el título XIII para reformarla”.

Soy de la opinión contraria. Según el criterio de reformabilidad, una Constitución no debe ser pétrea ni maleable, sino rígida; es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma, pero al tiempo existir varios canales o mecanismos para realizar el proceso. A partir de la importancia que se le ha atribuido a la rigidez constitucional en la actualidad¹⁴⁴ este punto de la arquitectura constitucional en Colombia, del diseño orgánico de su Cons-

¹⁴² Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García J., en Montoya, Mario (ed.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

¹⁴³ Sentencia C-543 de 1998.

¹⁴⁴ Guastini distingue entre la constitucionalización como fenómeno y aspectos relativos a la Constitución (como la rigidez, la garantía jurisdiccional, la fuerza vinculante y la interpretación extensiva) que serían epifenómenos o condiciones de posibilidad del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Cf. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara, 3a. ed., 2007, pp. 153 y ss. Abordo estas tesis como principales e independientes en lugar que subsidiarias del proceso de constitucionalización. La tesis neoconstitucional de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico es la única que resulta necesaria para el proceso de constitucionalización del derecho.

titución, puede criticarse porque estableció requisitos débiles para aprobar una reforma.

Desde los textos fundacionales del constitucionalismo luego de su nacimiento en la Revolución francesa (1789) y la guerra de independencia estadounidense (1776),¹⁴⁵ la perdurabilidad fue, conjuntamente con la superioridad como norma del sistema, uno de los principales cometidos de la iniciativa por un sistema constitucional. Debe ser un procedimiento particularmente distinto respecto del trámite legislativo ordinario. En teoría constitucional se denominan procedimientos rígidos, porque son distintos en la medida en que la aprobación de la iniciativa reviste de mayor complejidad respecto de aquella que regula el procedimiento legislativo ordinario. La rigidez de las Constituciones es una forma para propender por la garantía de su supremacía, ya que se las aleja en algún grado significativo de las coyunturas políticas y de los acuerdos entre Legislativo y Ejecutivo para aprobar reformas. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.¹⁴⁶ La rigidez ha sido defendida como un presupuesto para la efectiva constitucionalización del derecho.¹⁴⁷

Jon Elster observó que la Constitución colombiana tiene requisitos relativamente débiles para aprobar una reforma constitucional, pues se hace

¹⁴⁵ Dentro de los acontecimientos más importantes del mundo moderno, y en concreto desde el punto de vista político, se encuentran la Guerra de Independencia estadounidense de 1776 y la Revolución francesa de 1789. Brewer identifica sus siete principales aportes que fijaron el rumbo del constitucionalismo latinoamericano: (1) La existencia de la Constitución escrita, patente en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 y la Constitución Federal de 1787, (2) la idea de colocar al pueblo como el origen y fundamento de la organización constitucional del Estado, (3) el reconocimiento y declaración formal de un catálogo de derechos, (4) el principio de la separación de poderes, que se formuló “en primer lugar, en la Revolución norteamericana, razón por la cual la estructura constitucional de los Estados Unidos, en 1787, se montó sobre la base de la separación orgánica de poderes”, (5) esos dos procesos constitucionales dieron lugar a los dos sistemas de gobierno dominantes, el presidencialismo, heredado de la experiencia norteamericana, y el parlamentarismo, dominante en Europa, (6) la idea de un Poder Judicial independiente, separado del monarca y que actuara en nombre de la Nación, que en el caso norteamericano daría lugar al control constitucional judicial, (7) y la organización territorial del Estado, con la forma federal diseñada por los norteamericanos y el municipalismo propio de la Revolución francesa. Véase Brewer, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la Revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

¹⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91 y 92.

¹⁴⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit.

por mayoría simple en cada Cámara, mientras que en la mayoría de países se necesita una supermayoría, por lo general de dos tercios de los congresistas, que se establece para ponerle controles legítimos a la voluntad de la mayoría popular.¹⁴⁸ En la práctica se observan los resultados de la falta de rigidez: en veinte años de vigencia de la Constitución se le han realizado 33 reformas.¹⁴⁹ Resulta además más difícil aprobar una ley de amnistía que una reforma constitucional. Dice la norma constitucional que por medio de las leyes el Congreso puede conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara.¹⁵⁰ Mientras que “El trámite del proyecto (de acto legislativo) tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara” (artículo 375, 2o. inciso). Para la ley se exige votación de dos tercios, mientras que para la reforma constitucional, mayoría simple. Surge el cuestionamiento acerca de si un gobierno, incapaz de reunir las mayorías para aprobar una ley de amnistía, puede cambiar en la Constitución la cláusula de aprobación de dicha ley reduciendo la mayoría de dos tercios a simple, para aprobar posteriormente dicha ley.

Una de las razones que explica la falta de rigidez de la Constitución, es que los constituyentes quisieron que el espíritu de participación extendida y el principio de ampliación e inclusión democráticas, sin duda dos de los elementos paradigmáticos del cambio constitucional, también estuvieran reflejados en la posibilidad de que hubiera un acceso relativamente amplio a la configuración del texto fundamental. Ello para evitar un estancamiento institucional como al que condujo el sistema de la Constitución regeneracionista de 1886. Antes el sistema constitucional era no rígido, sino pétreo, en la medida en que el Congreso era el único órgano que tenía la competencia para acometer procesos de reforma. Conforme a la exposición de motivos de la ponencia para debate en la comisión primera de la Asamblea, hubo consenso entre los delegados en considerar necesario complementar el

¹⁴⁸ Reportaje publicado en *Semana.com*, junio 23 de 2009 (4-6-09). Observación reiterada en su intervención en el seminario *Diálogos con el mundo en los 20 años de la Constitución Política de 1991* (Bogotá, octubre de 2011) y recogida en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado, 2013, pp. 111 y ss.

¹⁴⁹ Tres de las cuales la Corte ha declarado inconstitucionales. Todas las reformas se tramitaron por vía legislativa, menos una, que fue por referendo constitucional.

¹⁵⁰ Constitución Política, artículo 150, núm. 17.

mecanismo de reforma constitucional con mecanismos que permitan mayor participación democrática en dicho procedimiento.¹⁵¹

Podría discutirse si se logró o no encontrar el equilibrio que pretendió la Asamblea entre la permanencia que deben tener las normas constitucionales y la importancia de permitir los ajustes que respondan a las condiciones cambiantes de los tiempos.¹⁵² El equilibrio se pretendió fijar entre la necesidad de complejizar los procedimientos de reforma o, como concibe Habermas, en defender normativamente una idea de constitución como un proceso abierto, en permanente construcción.¹⁵³ La apuesta de la Constitución fue por mayor democracia vía ampliación de las oportunidades de participación social en la configuración del sistema constitucional. Este cambio procuraba dotarlo de mayor legitimidad, toda vez que permitiría reconocerse a todos los ciudadanos como partes de un mismo sistema, al contar efectivamente con dispositivos para participar en su configuración normativa. Pero de un sistema petrificado se pasó a uno volátil, por encima de la deseable rigidez, ya que la Constitución de 1991 ha probado tener pocas garantías para restringir la posibilidad de reformarse.

Uno de los ajustes imperativos que se le debería realizar a la Constitución es el relativo a sus propios procedimientos de reforma, pues los establecidos en el título XIII son débiles, comparativamente, por un lado, con el trámite de las leyes ordinarias, y por otro, con experiencias de países como Estados Unidos, Alemania y España. Se han mostrado insuficientes para impedir cambios inadecuados. La reforma se puede realizar mediante Asamblea Constituyente, el pueblo a través de referendo (mayoría simple y el número total de votantes debe superar la cuarta parte del censo electoral) y el Congreso por acto legislativo por mayoría simple (después de tramitar ocho debates en dos períodos ordinarios consecutivos).

Una Constitución maleable como la de 1991, porque no tiene cláusulas pétreas y por su falta de rigidez, debido a sus propios procedimientos de reforma, ha conducido a configurar un constitucionalismo volátil. De todas formas la Constitución, a pesar de las reformas que ha tenido y reconociendo que algunas han resultado particularmente perjudiciales, no ha perdido vigencia. Su espíritu sigue intacto. Había consagrado, por ejemplo (artículo 261), que ningún cargo de elección popular tendría suplente, pero el acto

¹⁵¹ Para permitir que se estableciera la Constitución como tal, constituyentes dentro de los que se encontraba Juan Carlos Esguerra, propusieron fijar un periodo de intangibilidad para la nueva Constitución de ocho años, lo cual finalmente no fue aprobado.

¹⁵² *Gaceta Constitucional*, núm. 52. Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pp. 9 y 10.

¹⁵³ Habermas, Jürgen, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

legislativo 03 de 1993 lo modificó al restablecer las suplencias. Aunque esta reforma resultó desafortunada, porque bien podría haber contribuido a restringir la injerencia ilícita en política, no implicó una sustitución de la Constitución. El acto legislativo 02 de 2004 permitió la reelección presidencial inmediata, y aconteció durante el segundo mandato de Uribe una concentración de poder como se demostró en la investigación *Mayorías sin democracia*.¹⁵⁴ De todas formas, a pesar de algunos efectos institucionales desafortunados que implicó la reelección, no puede hablarse de una reforma radical ni de un cambio en un elemento de la Constitución que le confiera su identidad.¹⁵⁵

Ejemplos de rigidez se encuentran en la Constitución estadounidense, la más antigua aún vigente luego de cerca de 225 años desde su promulgación, y sólo ha tenido 27 reformas, denominadas enmiendas. Para introducirle alguna reforma se requiere no sólo el voto favorable de las dos terceras partes de la cámara y el Senado, sino también la aprobación de la cuarta parte de los estados. Con la negativa de tan sólo trece estados que conforman menos del 6% de la población, se impide la reforma constitucional. Esta cuestión se ilustra con breve mención a la historia de su última enmienda, conforme a la cual ninguna ley que modifique la remuneración de los congresistas surtirá efectos hasta después de que se haya realizado una nueva elección.¹⁵⁶ Dicha enmienda se aprobó durante el gobierno Clinton en 1992, no obstante haber sido redactada por James Madison y presentada

¹⁵⁴ García Villegas, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo (eds.), *Mayorías sin democracia*, Bogotá, Dejusticia, 2009.

¹⁵⁵ En homenaje que el Partido Liberal rindió a César Gaviria por los veinte años de la Constitución (Bogotá, 21 de junio de 2011), tanto Gaviria como Horacio Serpa, expresidente de la Asamblea, sostuvieron que la reelección ha sido la reforma más grave realizada a la Constitución. Después de revisar las reformas al texto constitucional y analizar algunos de sus principales efectos, considero que sólo ha habido una modificación al texto de 1991 que verdaderamente le afectó un nervio neurálgico, con el correlativo impacto estructural. Me refiero a la reforma al Sistema Nacional de Participación (que antes se denominaba Distribución del Presupuesto General de la Nación, mediante el situado fiscal. El A. L. 01 de 2001 eliminó el situado fiscal y dio paso al sistema general de participaciones, extendiendo lo preceptuado en el A. L. 4 de 2007). Dicha reforma se realizó en tres actos legislativos que modificaron los criterios para distribuir recursos de la nación a las entidades territoriales (1995) y restringieron el monto del crecimiento del sistema general de participaciones destinado para gastos generales en las entidades territoriales (2001). La modificación de dos artículos del capítulo IV constitucional que trata “De la distribución de recursos y de las competencias”. El artículo 356 fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2001 y luego por el Acto Legislativo 4 de 2007, y el artículo 357 fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 1995 y luego por el Acto Legislativo 4 de 2007. Se trata de la parte más intervenida de la Constitución.

¹⁵⁶ Enmienda XXVII. “No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened”.

como parte del *Bill of Rights* (entonces artículo 2o., que fue ratificado sólo por seis de catorce estados de la mayoría mínima exigida de tres cuartos de los estados necesaria para su ratificación) el 25 de septiembre de 1789. Es decir, mientras que aquí se habla de “cambiar articulitos”, como expresó el entonces alto asesor presidencial, Fabio Echeverri, respecto del cambio para permitir la reelección, en Estados Unidos la última propuesta de reforma constitucional tardó más de doscientos años en materializarse.¹⁵⁷

La Constitución de Alemania establece en su artículo 79 una exigencia a su propia reforma, consistente en la aprobación por parte de dos tercios en cada cámara. Introduce, además, para reforzar su rigidez, cláusulas pétreas, conforme a las cuales no se puede realizar ninguna modificación a la forma de organización de la Federación, al principio de la participación de los estados en la legislación, al artículo 1 (derecho a la dignidad humana y vinculación de las tres ramas del poder público a los derechos fundamentales) ni al artículo 20 (fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia). Ha sido modificada 54 veces desde 1949.¹⁵⁸

En España, la Constitución consagra en el título X (artículos 166-169) sus dos procedimientos de reforma. Uno es el procedimiento ordinario de reforma descrito en el artículo 167, que señala el deber de que los proyectos de reforma deban ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada

¹⁵⁷ El hecho de que la Constitución estadounidense sea la más difícil de modificar respecto de todas las Constituciones vigentes en el mundo también ha suscitado críticas. A pesar de la reverencia que históricamente se le ha tributado, Sanford Levinson ha publicado un desafiante, pero bien fundado libro, en el cual argumenta sobre la necesidad de reformar la Constitución. Además de la dificultad de reformabilidad, Levinson objeta que la Constitución permita declarar presidente al candidato que no necesariamente haya obtenido la mayoría de los votos en la respectiva elección, lo cual sucede por otra de las razones que ameritan a su juicio críticas, y es la manera de conformar el Colegio Electoral con 538 compromisarios que provienen de los cincuenta estados, más el distrito de Columbia, pero cuyo sistema de repartición no tiene en cuenta la población de cada Estado, y por eso, por ejemplo, otorga a California el mismo número de compromisarios que a Wyoming a pesar de que tiene setenta veces su población. La Constitución además faculta al presidente para anular leyes con las cuales discrepa a partir de fundamentos políticos. Véase Levinson, Sanford, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 2006, vers. cast. de Juan González Bertomeu, *Nuestra Constitución antidemocrática. En qué se equivoca la Constitución*, Barcelona, Marcial Pons, 2012.

¹⁵⁸ Otras Constituciones que consagran cláusulas de intangibilidad son la de Brasil, de 1988, que en su artículo 60 dispone que “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: i. La forma federal del Estado; ii. El voto directo, secreto, universal y periódico; iii. La separación de poderes; Los derechos y garantías individuales”. Las Constituciones de Francia, República Dominicana e Italia prohíben cualquier cambio que altere la forma republicana de gobierno. La de Estados Unidos prohíbe eliminar el principio de igual representación de los estados miembros en el Senado.

una de las cámaras. El otro, extraordinario, por cuanto regula la revisión total de la Constitución o una que afecte al título preliminar, al capítulo II, sección I del título I, o al título II, obliga a que tal reforma deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de cada Cámara, las cuales deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras; si se aprueba la reforma por las Cortes Generales, tendrá que ser ratificada mediante referendo (artículo 168).

En principio, cualquier artículo de la Constitución se puede reformar por la voluntad general expresada en las urnas mediante referendo o a partir de la voluntad política de los congresistas con un acto legislativo, pero si se trata de un artículo de cardinal importancia porque se demuestra que su reforma implica que la Constitución de 1991 se cambia por otra, que deja de existir tal como es, el encargado de hacer esa reforma sería por cuestión de competencia el pueblo mediante asamblea constituyente.

2. Posibilidad de reforma, imposibilidad de sustitución

Desde recién promulgada la Constitución de 1991 empezó un proceso de reforma, que en lugar de desarrollar algunas disposiciones y extender por esta vía su densidad normativa material ha ido en desmedro de cuestiones como la descentralización y el sistema de frenos y contrapesos. Se han modificado sobre todo aspectos orgánicos, como la eliminación de la Comisión Nacional de Televisión, la posibilidad de extraditar a nacionales colombianos, el régimen pensional, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el cambio del sistema penal y la reelección presidencial inmediata. Sin excepción, todos los gobiernos, desde el mismo que la promulgó, han impulsado reformas constitucionales totalizando hasta hoy 38.¹⁵⁹

Ahora bien, de la falta de rigidez y de la inexistencia de cláusulas pétreas en la Constitución colombiana no se deriva que todo pueda ser reformado, que se puede cambiar alguna aparte de la Constitución que implique una sustitución por otra Constitución diferente, lo cual desnaturalizaría el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder.¹⁶⁰ Esta cuestión conduce al segundo problema. La falta de

¹⁵⁹ Así: César Gaviria (1990-1994) tres reformas, Ernesto Samper (1994-1998) cuatro reformas, Andrés Pastrana (1998-2002) siete reformas, Álvaro Uribe (2002-2006 / 2006-2010) ocho reformas y luego siete, y Juan Manuel Santos (2010-2014) nueve reformas.

¹⁶⁰ Sentencia C-551 de 2003. En esta sentencia se ejerció por primera vez un control de constitucionalidad de una ley convocatoria a un referendo constitucional.

competencia que tendría el Congreso para realizar ciertas reformas tiene fundamento en el artículo 241,1 constitucional, así como en el artículo 374, que diferencian entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado en cabeza del Congreso, que tiene límites jurídicos en su actividad legislativa, tales como los procedimientos y los asuntos que puede reformar de la Constitución. El poder constituyente derivado no puede sustituir la Constitución, porque así se arrogaría funciones propias del poder constituyente originario.

El poder de reforma constitucional es un poder constituido; es decir, derivado, porque su origen, funciones y límites están dados por la Constitución. Por esta razón, tiene una serie de límites en su capacidad de actuación. La implicación de reconocer lo contrario sería que los poderes constituido y constituyente tienen la misma jerarquía y, por tanto, las mismas competencias, por ejemplo, en lo que se refiere a las posibilidades de reforma. El poder constituido es un poder de revisión que no puede sobrepasar lo establecido por el poder constituyente. El poder de reforma siempre estará subordinado a lo dispuesto por el constituyente en la Constitución.

Una pregunta sobre la que no hay jurisprudencial ni doctrinariamente respuesta mayoritaria es si la Corte tiene poder, si su competencia le permite controlar las reformas materiales a la Constitución por parte del Congreso. El propio texto en las disposiciones consagradas en sus artículos 241 y 379 otorga una respuesta afirmativa, pero si se entiende exclusivamente desde un poder de control formal por vicios de procedimiento. Es decir, si durante el trámite de formación parlamentario del acto legislativo, por ejemplo, se convocaron a sesiones extra sin la debida convocatoria a las mismas a los miembros de la comisión o si se realizaron votaciones sin el quórum requerido.

La Corte en repetidas ocasiones se ha abstenido de pronunciarse respecto de la presunta inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución, por carecer de competencia tratándose de consideraciones que configuran cargos de fondo contra la norma demandada.¹⁶¹ Por razones formales puede declarar inconstitucional un acto reformatorio. De hecho, en la sentencia C-543 de 1998 enfatizó que en el examen constitucional de un acto legislativo no es de su competencia considerar la materia del mismo.¹⁶² Su función está orientada a la defensa de la Constitución, al establecer, mediante un riguroso estudio, si la forma en que se tramitó, discutió y aprobó atendió a las prescripciones constitucionales y reglamentarias. Ha declarado en este

¹⁶¹ Así por ejemplo, en la C-487 de 2002 que abordó la constitucionalidad de una norma del Acto Legislativo núm. 1 de 2001, sobre el Sistema General de Participaciones.

¹⁶² Artículos. 241-1 y 379 constitucionales.

sentido inexequibilidades por vicios procedimentales cuando desde el Congreso se presenta un proyecto de ley que contiene materias reservadas al Ejecutivo. En 1999 se pretendió transformar el Instituto Materno Infantil de la Costa Caribe en Empresa Social del Estado (ESE), pero a juicio de la Corte las disposiciones mediante las cuales se crea, suprime o modifica una entidad del orden nacional, que incidan en la estructura de la administración nacional, no se encuentran dentro de aquellas que pueden ser objeto de proyecto presentado por iniciativa del Congreso.¹⁶³

Desde el artículo 374 constitucional en adelante se instituyen las posibilidades de modificar la Constitución y se establecen unos procedimientos para su reforma. Se trata del acto legislativo, el referendo y la Asamblea Constituyente. Por las dos primeras se tiene la potestad de reforma de la Constitución. Es decir, que el pueblo, mediante referendo, y el Congreso tienen la competencia para reformar parcialmente la Constitución. Sólo a partir de un 30% del electorado que se manifieste con voto favorable, una asamblea constituyente puede tomar decisiones esenciales que comporten una posible sustitución de la Constitución vigente.

Quienes fundamentan en esta normativa la falta de competencia de la Corte para examinar materialmente la constitucionalidad de un acto respecto de su contenido no realizan una interpretación sistemática de la Constitución. No hay discusión alguna acerca de los controles que la Corte debe realizar al cumplimiento de los límites procedimentales; es decir, formales, al poder de reforma. La discusión surge ante la posición de la Corte sobre las restricciones al poder de reforma, pues además de este tipo de límites formales, el poder de reforma tiene en algunos casos límites competenciales. El juicio de sustitución constitucional, planteado en la sentencia C-970 de 2004, procura fundamentar que la Corte es competente para ejercer también un control material del acto reformatorio de la Constitución; es decir, un control sobre su contenido, en ciertos casos.

La competencia para la revisión material se deriva de la competencia para la revisión formal, pues el poder que constitucionalmente se le otorga a la Corte para controlar la constitucionalidad del acto también comporta un poder para controlar que quien lo haya realizado sea efectivamente competente para hacerlo. De aquí se deriva la distinción entre reforma y sustitución. El Congreso, en efecto, puede reformar la Constitución como cuando, por ejemplo, eliminó el estatus constitucional de la Comisión Nacional de Televisión, o si eventualmente decide eliminar la figura de la vicepresidencia de la República. Pero si dicha reforma implica un cambio en

¹⁶³ Sentencia C-947 de 1999.

la Constitución que la transforma en otra, el Congreso no tiene la competencia para hacerlo, pues sólo lo podría hacer el pueblo mediante asamblea constituyente. La competencia del Congreso para cambiar la Constitución hace referencia a la Constitución vigente, por lo que la Corte debe verificar el tipo del acto; es decir su contenido, para determinar si con el cambio opera una sustitución de esa Constitución por otra. Sólo examinando el contenido del acto la Corte puede determinar si la Constitución se ha modificado en un aspecto no medular, o si por el contrario se ha sustituido porque la modificación radica sobre uno de sus elementos esenciales. La Corte entonces es competente para controlar que el Congreso haya modificado, mas no sustituido, la Constitución.

Cuando el artículo 374 preceptúa que “la Constitución podrá ser reformada...” quiere decir sin mayor discusión hermenéutica, que como se hace referencia a la Constitución Política de 1991 lo que se autoriza es una reforma a esa Constitución vigente, rechazando en consecuencia la posibilidad de una reforma tal que implique que deje de ser esa misma Constitución.¹⁶⁴ El estatuto antiterrorista del primer gobierno Uribe establecía no sólo excepciones a los derechos fundamentales, sino también la prolongación de la excepción mediante un mecanismo más flexible que una ley ordinaria, con lo cual el Congreso estaba sustituyendo un elemento esencial de la Constitución, como es el principio de supremacía constitucional. No es nuevo reconocer que existen límites implícitos al poder de reforma constitucional, los cuales tendrían que ver precisamente con los derechos fundamentales.¹⁶⁵ Pedro de Vega divide los límites implícitos en formales y materiales. Los primeros vienen dados por las mismas normas que regulan el procedimiento de reforma constitucional. Los segundos deben ser fundamentados y desarrollados a partir de los valores y los supuestos políticos en los que se inspira y se estructura el modelo de Estado constitucional.¹⁶⁶

El poder de reforma tiene varias características: es derivado e instituido, por lo que está sujeto a controles, y es limitado en razón a que la mis-

¹⁶⁴ La Corte recuerda que otros sistemas que admiten reforma total y establecen procedimientos especiales para tal fin; se trata de la Constitución española de 1978, la Constitución francesa de 1848, la Constitución de Suiza, la Constitución argentina de 1853 o la Constitución venezolana vigente.

¹⁶⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 192.

¹⁶⁶ Vega, Pedro de, “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, en Carbonell, Miguel y Valadés, Diego (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, 2006. Su obra referencia en el tema, es Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Técnos, 1985.

ma Constitución lo regula mediante el establecimiento de condiciones de posibilidad de dicha reforma. Además de procedural, tales condiciones tienen que ver sobre todo con asuntos de competencia. El artículo 241 (“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”) en su numeral segundo asigna a la Corte la función de decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo “sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

En la sentencia C-551 de 2003, si bien se descartó el análisis del contenido de los actos reformatorios, se amplió el ámbito de control de los vicios formales, a los vicios por competencia. La Corte ha entendido, sin variación jurisprudencial hasta ahora, que el procedimiento comporta tanto la forma como la competencia; es decir, que el análisis de los vicios de procedimiento incluye el análisis del presupuesto de la forma, que no es otra cosa que la competencia. Sin que la Corte se arroge poder alguno de revisión sustantiva del acto reformatorio, como el poder de reforma es un poder constituido tiene límites materiales que radican en la competencia del órgano que realiza la reforma, y ello sí debe estar sujeto a control. El poder de revisión trasciende entonces el procedimiento para analizar la constitucionalidad del contenido respecto de la competencia del órgano reformador.

Según el fundamento 21 de la sentencia, un vicio de competencia

se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos... El procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo.

En la sentencia que permitió la reelección presidencial, C-1040 de 2005, se ratificó el control de los actos reformatorios de la Constitución y la subsiguiente posibilidad de declararlos inexequibles, cuando el poder de reforma excede su competencia y sustituye la Constitución.¹⁶⁷ El poder de reforma es

¹⁶⁷ No se encontró que la reelección presidencial inmediata interviniere sobre algún elemento esencial de la Constitución, por lo que no la sustituía por una opuesta o integralmente diferente, debido a que las modificaciones introducidas no alteran la existencia del Estado social de derecho, la forma de república unitaria descentralizada, la autonomía de sus entidades territoriales ni restringía su carácter democrático, participativo y pluralista. Se declaró entonces constitucional. Adicionalmente, no se le atribuían nuevos poderes al presidente, era por una sola vez —lo cual no alteraba el sistema de frenos y contrapesos institucionales— y

amplio, pero precisa la Corte que no es la importancia ni las implicaciones de una reforma lo que determina si supone una sustitución. Enfatizó la Corte que la sustitución constitucional se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente.

En una Constitución como la colombiana, y en general las latinoamericanas, la discusión tiene entonces poco o nada que ver con la objeción contramayoritaria. Quién define, y sobre todo cómo, aquellos elementos que son esenciales de la Constitución. Lo anterior se agrava, digamos, porque la Constitución no limita expresamente el poder de reforma. Aquí radica entonces un problema relativo a la fundamentación. El problema de la doctrina de la sustitución, incluso más que la presunta vulneración de las competencias constitucionales por parte de la Corte, radica en la práctica en la manera correcta de determinar cuáles son los elementos esenciales de la Constitución o, como ha dicho la Corte, los “elementos que le confieren la identidad”.¹⁶⁸ La pregunta compleja no es entonces si hay competencia o no, sino qué es aquello considerado esencial en la Constitución y qué no.

Luego de establecer el juicio de sustitución en la sentencia C-551 de 2003, y reiterarlo en las sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, la Corte ideó un test para evaluar la constitucionalidad de un acto legislativo que presuntamente configura una sustitución de la Constitución por lo que, en consecuencia, acaecería un vicio de competencia en el ejercicio de la potestad del Congreso para reformar la Constitución vigente. El test, planteado en la sentencia C-1040 de 2005,¹⁶⁹ consta de siete pasos: se debe (1) identificar el elemento esencial presuntamente reemplazado, (2) demostrar que tal elemento subyace a varias disposiciones constitucionales, (3) explicar por qué el elemento identificado es esencial, (4) demostrar que el contenido de tal elemento no puede ser abarcado por una sola disposición constitucional, (5) demostrar que identificar al elemento como esencial no comporta una petrificación de ninguna disposición constitucional, (6) evidenciar que el elemento esencial ha sido reemplazado por otro y (7) evidenciar que el nuevo elemento contradice al elemento esencial o guarda tantas diferencias con él que resulta incompatible con otros elementos esenciales de la Constitución.

estaba acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña con los otros candidatos.

¹⁶⁸ Sentencia C-243 de 2012.

¹⁶⁹ En esta sentencia la Corte también cambió el concepto “elemento definitorio de la identidad de la Constitución” por “elemento esencial”.

En todo caso, la facultad de la Corte para realizar un juicio de sustitución y determinar si el Congreso excedió o no su competencia de reformar la Constitución se debe concentrar en este aspecto competencial en lugar de trascender a uno que implique realizar un control material de la reforma. En la sentencia C-1200 de 2003 aplicó a los actos legislativos la doctrina establecida en la sentencia C-551 de 2003 sobre el referendo reformatorio y señaló la importancia de diferenciar entre el juicio de sustitución, el juicio de intangibilidad y el juicio de violación de un contenido material de la Constitución. En la sentencia C-1200 de 2003 diferenció entonces nuevamente entre Poder Constituyente y Poder de Reforma o Derivado, reiterando que el segundo no puede asumir las tareas del primero, ni pueden equipararse, y que el poder de reforma no está autorizado para sustituir o suprimir la Constitución. Sostuvo que asimismo que cuando el juez constitucional sospecha sobre un vicio competencial debe verificar que la Constitución no fue sustituida por otra a través de la reforma.

Para la doctrina de la sustitución constitucional, la sentencia C-1200 de 2003 tiene particular interés, porque la Corte acoge y amplía sus supuestos analíticos. Introduce la diferencia entre intangibilidad y la prohibición de sustitución o insustituibilidad. La primera impide afectar el núcleo de un principio fundamental, o en un sentido más amplio, afectar a uno de los principios definitarios de la Constitución. La segunda “impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue reemplazada por otra, so pretexto de reformarla”.

En un salvamento y aclaración de voto a la sentencia C-816 de 2004, Manuel José Cepeda precisó dos formas para diferenciar entre el juicio de sustitución y otros en los que no tiene competencia la Corte. El primero es el método del juicio de sustitución, pues exige que la Corte diga cuál elemento esencial de la Constitución fue remplazado por otro integralmente distinto, lo cual no sólo comporta la obligación de señalar expresamente un elemento normativo del texto, sino también argumentar cuáles son sus especificidades en la Constitución y por qué entonces se trata de uno de sus elementos esenciales. Luego, hay que definir si ese elemento identificado es irreductible a un artículo constitucional para evitar que la Corte lo convierta en una cláusula pétrea. Si la enunciación de dicho elemento esencial no implica que se erige un límite material intangible al poder de reforma, se evita que el juicio derive en un control material de intangibilidad. La segunda forma para diferenciar el juicio de sustitución es que su resultado debe poder conducir a la conclusión de que, como el elemento esencial definitorio ha sido remplazado por otro integralmente diferente, no es posible armonizar la

reforma constitucional con el resto de normas que no fueron modificadas por ella, y que reflejan aspectos claves de lo insustituible.

La doctrina de la sustitución se ha empleado en las siguientes ocasiones: en el examen a la constitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004, donde la Corte sostuvo que la reforma para permitir una reelección presidencial no era constitutiva de sustitución a la Constitución, pero sí lo era la facultad otorgada al Consejo de Estado para expedir, en caso de que el Congreso no lo hiciera, una regulación que protegiera la igualdad de derechos para todos los candidatos presidenciales (ley de garantías electorales);¹⁷⁰ el elemento esencial sustituido era el principio de la división de poderes, y el fundamento fue que se le otorgaba la competencia de dictar leyes a un órgano judicial. Una reforma posterior, incluida en el Acto Legislativo 1 de 2008, sustituía dos elementos esenciales: el principio de igualdad y el principio del mérito como única condición para acceder a los cargos de la carrera administrativa,¹⁷¹ por lo que fue declarada inconstitucional la reforma que incluía automáticamente en la carrera administrativa a varios funcionarios públicos nombrados en provisionalidad quienes iban a obtener un nombramiento permanente sin tener que presentar examen de méritos, exigido para cualquier persona que se presenta un concurso de méritos para prestar sus servicios dentro del Estado.

Luego, en el examen constitucional más importante que ha realizado la Corte en su historia, declaró inconstitucional la ley que pretendía convocar a un referendo reformatorio para permitir la segunda reelección presidencial inmediata.¹⁷² Este examen tuvo dos partes; en la primera se analizaron

¹⁷⁰ Sentencia C-1040 de 2005. En núcleo argumentativo de la sentencia para determinar que la reelección presidencial no constituyó una reforma constitucional es el siguiente: “Para la Corte los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho”. Declaró inconstitucional entonces solo el otorgamiento de funciones legislativas temporales al Consejo de Estado, con lo cual el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución, porque la norma en realidad sustituye el principio de supremacía de la Constitución y lo reemplaza por el de la supremacía del legislador transitorio. El texto de la norma decía: “Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexistente por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”.

¹⁷¹ Sentencia C-588 de 2009.

¹⁷² Sentencia C-141 de 2010.

los vicios en el procedimiento de su formación, y debido a que la sociedad estaba esperando también un pronunciamiento en sentido sustancial, en la segunda fue objeto de revisión la vulneración de la competencia por parte del Congreso para cambiar un aspecto esencial de la Constitución al permitir una segunda reelección. Si bien la primera declaratoria de inconstitucionalidad aconteció por los vicios de forma en los que se incurrió durante el trámite parlamentario de la ley, luego la Corte abordó el problema de los vicios sustanciales y encontró que permitir una segunda reelección presidencial sustituía la Constitución en los siguientes elementos esenciales: principio de pesos y contrapesos, la alternancia en el ejercicio del poder público, la igualdad entre los candidatos y la generalidad de las leyes porque la reforma tenía nombre propio.

Había en ese momento, como hay ahora, un asentado consenso doctrinario, y en general entre la opinión pública en que una segunda reelección habría sido un ejemplo de reforma radical que terminaría cambiando un aspecto esencial de la Constitución. Ejemplos sencillos son la forma de organización política, el preámbulo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales. Resulta poco problemático discutir que el examen de constitucionalidad a la ley que convoca a un referendo no puede omitir considerar por ejemplo la violación de topes de financiación en la campaña de recolección de firmas, porque constitucionalmente un referendo sólo puede tener dos iniciativas: la gubernamental o la popular, y si se violan tales topes, muchas veces por aportes cuantiosos de contratistas del gobierno, se viola correlativamente el principio constitucional de transparencia y la naturaleza misma de la iniciativa popular por la potencialmente pervertidora injerencia del dinero en la configuración de la voluntad general.

La Corte declaró inexistente el Acto Legislativo 4 de 2011,¹⁷³ que incorporaba un artículo transitorio a la Constitución, conforme al cual se ordenaba homologar las pruebas de conocimiento de los concursos de méritos con la experiencia de los empleados provisionales y los estudios adicionales que acreditaran. A su juicio, el acto transgredía los principios constitucionales al mérito y la igualdad de oportunidades propios la carrera administrativa, con el único propósito de imponer una decisión que beneficia a un grupo de personas. El Congreso, con la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, también usando la doctrina de la sustitución, entendió que el concurso público de méritos era un elemento esencial de la Constitución, en tanto elemento definitorio de la carrera administrativa, por lo cual lo estableció como necesario para acceder a los cargos.

¹⁷³ Sentencia C-249 de 2012.

En el caso del Acto Legislativo 4 de 2011, no obstante, cometió el error de poner en ventaja a los provisionales respecto de los demás aspirantes, lo cual desarticula el sistema de carrera. Conforme al precedente sentado por la sentencia C-588 de 2009, “quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre, por lo que la Corte insiste, en que este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta”. Se configuró entonces nuevamente una sustitución de la Constitución, por lo que se evidencia un vicio de competencia en el ejercicio de la potestad del Congreso para reformar la Constitución.

Para determinar si mediante el poder de reforma el Congreso por ejemplo incurre en vicio de competencia, se debe examinar si la Constitución fue o no sustituida por otra. Ello implica detectar en la Constitución aquellos aspectos que son esenciales y cuáles no. Al respecto encuentro discutible un caso en el cual la Corte declaró una inconstitucionalidad a partir de los límites competenciales del poder de reforma. El Acto Legislativo 01 de 2008, que permitía a los empleados en provisionalidad permanecer en sus cargos sin necesidad de concurso público, fue declarado inconstitucional porque operó una sustitución debido al cambio en el contenido del artículo 125 por otro integralmente distinto respecto de la carrera administrativa. Vulneraba gravemente también la supremacía constitucional, el principio de la separación de poderes y la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad de la reforma.¹⁷⁴ La misma Corte podría decirse que lo encontró discutible, toda vez que lo aprobó en una votación de cinco contra cuatro.¹⁷⁵ Si bien la carrera administrativa debe proveerse con cargos luego de un concurso de méritos que debe ser público, e independientemente de que se esté en desacuerdo con esta reforma (bien sabemos cómo suele operar el Ejecutivo con la provisión de ciertos cargos, con lo cual eliminar el concurso socavaría dicha arbitrariedad), encuentro complejo sostener que dicha reforma constituye una sustitución de la Constitución. Si esta objeción es correcta el test de la sustitución exhibe un problema en su fundamentación.

¹⁷⁴ Este test evalúa que la reforma tenga una pretensión mínima de universalidad, que se trate de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes en lugar de una regla adhoc. El test se aplica verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, de modo tal que “si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular”. C-551 de 2003.

¹⁷⁵ Sentencia C-588 de 2009.

En un importante caso la Corte empleó la doctrina de la sustitución constitucional para analizar si los elementos de justicia transicional consagrados por el legislador en el Acto Legislativo 1 de 2012,¹⁷⁶ que se plantearon como medios efectivos y necesarios para conseguir una paz estable y duradera, intervenían severamente sobre un elemento esencial de la Constitución, como es la garantía a los derechos y, en este sentido, la investigación y el juzgamiento en casos de su violación.

En las sentencias C-170, C-249 y C-288 de 2012 se aborda el criterio de la sustitución y se amplía con nuevos elementos. Importante destacar aquellos elementos encontrados esenciales en la Constitución: 1) el principio de Estado de derecho y la prohibición de normas adhoc de contenido plebiscitario, 2) la forma de Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, 3) el principio democrático y de supremacía constitucional, 4) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa, 5) los principios de democracia participativa y de soberanía popular, 6) la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, y 7) la regla de alternancia en el ejercicio del poder.

A pesar del grado de autorrestricción que la Corte ha demostrado en su jurisprudencia con las competencias de las otras ramas del poder público, se está ante el latente riesgo de que cuando esté en desacuerdo con una reforma constitucional (puede incluso que con buenas razones), pero que fue aprobada por el Congreso con respeto a los procedimientos y sin vulneración de la competencia, la declare inconstitucional abriendo una puerta giratoria de la doctrina de la inconstitucionalidad por sustitución. Hay que insistir como lo hiciera en las sentencias relativas al acto legislativo que permitió la reelección presidencial que

No le corresponde a la corte juzgar la conveniencia o inconveniencia de las características de esta reforma, ni sus efectos favorables o desfavorables para los diversos actores o grupos políticos, ni su significado a la luz de la historia del país, puesto que tales consideraciones corresponden a decisiones políticas que escapan al control judicial de la validez jurídica de la reforma. La corte solo puede juzgar desde el punto de vista jurídico si una reforma en realidad sustituye la Constitución por una opuesta o integralmente diferente.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Estos instrumentos son: criterios de selección y priorización de casos para concentrar los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; renuncia condicionada a la persecución penal; y suspensión condicional de la ejecución de la pena, aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de formas especiales de cumplimiento.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, comunicado de prensa, octubre 20 de 2005, p. 5.

La doctrina de la sustitución, aunque exhibe problemas, hace parte de los criterios que la Corte ha establecido para controlar los excesos en las acciones del Legislativo. Como se afirmó al final del apartado inmediatamente anterior, la Constitución instauró unos diques, que la Corte identificó como sus elementos esenciales porque le confieren su naturaleza, que crean un cauce dentro del cual debe fluir, con toda su fuerza, la democracia. La razón es que no se trata de una democracia a secas o de una democracia meramente representativa, sino de una democracia constitucional. Una de las principales características de esta forma de democracia es que además de resguardar el principio de mayorías, las elecciones libres y el sufragio universal, las disposiciones que consagra la Constitución son criterios para que en el examen constitucional se contenga la voluntad de las mayorías, para que en toda actuación se respeten esos elementos esenciales y para prevenir que dicha voluntad sea manipulada por liderazgos caudillistas o por dineros privados, como para que, en últimas, se impida que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular, como ha sucedido en otros países. La doctrina de la sustitución contribuye a defender la indisociabilidad de la democracia política y los derechos fundamentales en principios medulares de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho.

VII. ELEMENTOS DE LAS TRANSFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Desde las transiciones a la democracia de la década de 1980 la mayoría de países de la región han reformado al menos en una ocasión su texto constitucional.¹⁷⁸ Colombia fue pionera en estos procesos de cambio constitucional.¹⁷⁹ En el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales, dichos procesos de reforma requirieron de renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los procesos de implementación de las provisiones constitucionales. De manera paulatina se evidenció un cambio en la dogmática jurídica; es decir, un cambio en los textos constitucionales, en los códigos y demás leyes —no sólo en momento de su interpre-

¹⁷⁸ Nolte, Detlef y Schilling-Vacaflor, Almut (ed.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, London, Ashgate, 2012.

¹⁷⁹ Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 13, núm. 1, 2011.

tación judicial mediada por el proceso de constitucionalización del derecho, sino desde la misma proclamación legislativa—, y también en las teorías del derecho que respaldan la compresión de cada campo normativo, lo cual vincula a la academia jurídica y a la doctrina.

Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional colombiano en 1991, tanto por el resultado del proceso constituyente como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, irradiaron procesos de reforma constitucional que desde entonces se han desarrollado en varios países de la región, particularmente en Venezuela, Ecuador y Bolivia.¹⁸⁰ El proceso de reformas constitucionales en América Latina ha estado enmarcado por la expedición de la Constitución de Brasil en 1988, pero sobre todo la Constitución Política de Colombia de 1991,¹⁸¹ y culminó con la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009.¹⁸² En el medio de este periodo de reformas se comprende la expedición de las siguientes constituciones: Paraguay en 1992, Perú en 1993,¹⁸³ Venezuela en 1999¹⁸⁴ y Ecuador en 2008.¹⁸⁵

Elementos del paradigma constitucional que determinó el destino de los nuevos ordenamientos jurídicos, permearon asimismo otros contextos, que si bien no cambiaron de Constitución, realizaron reformas estructurales importantes. Dentro de los procesos de reforma se destaca el argentino, el

¹⁸⁰ Carpizo, Jorge *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo iberoamericano*, México, UNAM, 2009. César Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cit. El vol. 89, núm. 7, 2011, de *Texas Law Review* recoge las memorias del simposio Latin American Constitutionalism celebrado ese mismo año. Sobre el constitucionalismo colombiano con elementos en perspectiva comparada, véanse las contribuciones de Uprimny, Rodrigo, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”; Rodríguez, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, y Cepeda, Manuel José, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”.

¹⁸¹ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente.

¹⁸² Promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo.

¹⁸³ Redactada por un Congreso Constituyente Democrático a inicios del gobierno de Fujimori tras la disolución del Congreso en 1992. Luego fue aprobada por un referendo en 1993.

¹⁸⁴ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abril 25) a favor de una nueva Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (diciembre 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (julio 25) y sometido el texto definitivo a referendo (septiembre 28).

¹⁸⁵ Redactada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente.

costarricense y el mexicano. El argentino¹⁸⁶ modernizó la Constitución introduciendo un catálogo más amplio de derechos, medidas para el ejercicio de la ciudadanía democrática y normas para la defensa de la Constitución misma; creó nuevos órganos de control. Se ha criticado no obstante por reforzar el sistema presidencial y reproducir la democracia delegativa. El costarricense instituyó la jurisdicción constitucional y creó una sala especializada de la Corte Suprema para tramitar los recursos de amparo y los vetos por razones de inconstitucionalidad (1989), estableció el derecho a un ambiente sano (1994) y determinó que la ciudadanía es irrenunciable (1995).¹⁸⁷ El mexicano fue sobre el desarrollo del control de constitucionalidad (1994) y sobre derechos humanos, que incluye el bloque de constitucionalidad y el principio de interpretación a favor de los derechos más amplios (2011).

El constitucionalismo latinoamericano tuvo un nacimiento tardío respecto de los procesos acontecidos en Estados Unidos y en el viejo continente, pero un desarrollo precoz por lo que hasta este entonces se ha evidenciado en el tiempo transcurrido comparativamente con los países de la región que cambiaron recientemente sus Constituciones. Tardío, en la medida en que décadas transcurrieron desde el origen de los cambios hasta su implementación local —con algunas dictaduras que ensangrentaron las democracias de países de la región— precoz, porque los avances son apreciables en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales durante las tres últimas décadas, lo cual en países europeos tardó en consolidarse casi dos siglos. Un análisis sobre el tema tendría naturalmente que distinguir entre la consagración constitucional y normativa —vía por ejemplo bloque de constitucionalidad—, el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales —de la exigibilidad de los derechos sociales, por ejemplo— y la garantía efectiva otorgada a los derechos por parte de las instituciones del poder público.

En Italia y Alemania, así como en España y Portugal, aconteció una radical trasformación de su derecho constitucional, que paulatinamente reconfiguró el contenido del derecho ordinario.¹⁸⁸ En Estados Unidos la riqueza del debate constitucional sobre todo ha sido tradicionalmente un

¹⁸⁶ Sobre el cual sobresalen Alfonsín, Raúl, *Constitución y consenso. A propósito de la reforma Constitucional*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas, 1996; Menem, Eduardo y Dromi, Roberto, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

¹⁸⁷ Hubo otras reformas, tales como la de 2003, que adoptó la reelección presidencial que había sido abolida por la reforma constitucional de 1969.

¹⁸⁸ Bellamy, Richard y Castiglione, Dario (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996; Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights, cit.*

referente para los académicos latinoamericanos. Entre otros temas, la configuración y metodología del derecho de precedentes se ha heredado del *common law* norteamericano.¹⁸⁹ Los estándares de constitucionalidad usados por su jurisprudencia constitucional han sido referentes permanentes de la labor adelantada por la Corte Constitucional colombiana. Algunas de las experiencias exitosas en los procesos de creación constitucional y desarrollo doctrinario y jurisprudencial fueron receptadas con diferencias contextuales, pero fácilmente identificables en América Latina, cuando al final también de dictaduras o de procesos intensos de cambio institucional, como en Colombia, urgieron doctrinas para fundamentar una nuevas prácticas en los sistemas jurídicos constitucionalizados.

En lo relativo al referente estadounidense, se debe sobre todo a una profusa doctrina y al nacimiento de la jurisdicción constitucional a inicios del siglo XIX a partir de fallos como *Marbury v. Madison*,¹⁹⁰ y con el importante antecedente de los fallos proferidos por la Corte Warren (1953-1969), que demostraron la posibilidad de que la rama judicial tome un rol protagónico en la garantía de los derechos. La Corte Suprema se vio abocada a definir y reafirmar la supremacía del Poder Judicial, y suya en particular, respecto de su poder último en materia jurisdiccional. En *Martin v. Hunter's Lessee*¹⁹¹ sentó por primera vez un precedente en el cual reafirmó no sólo en este caso sino en general su autoridad definitiva sobre las cortes supremas estatales, no obstante tratarse de un país integrado por estados con márgenes significativos de independencia,¹⁹² en asuntos que tienen relevancia nacional; es decir, de derecho federal. Posteriormente, en materia de interpretación en

¹⁸⁹ López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006; Bernal Pujido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, *El derecho de los derechos*, cit.; “El precedente en Colombia”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009; Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit.

¹⁹⁰ Sobre el que, entre mucha bibliografía, puede consultarse, Nelson, William, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000; Cueva, Ricardo, *De los niveladores a Marbury v. Madison*, Madrid, CEPC, 2011, II.2.6.

¹⁹¹ 14 U.S. 304, 1816.

¹⁹² Un relato anecdotico, pero significativo ilustra la importancia de este caso en la historia constitucional estadounidense. Al afamado juez Oliver W. Holmes, magistrado entre 1902 y 1932, le preguntaron cuál consideraba el caso más importante que había proferido el tribunal del cual ahora hacía parte. Respondió haciendo la salvedad de que no era, como la gran mayoría había acordado en señalar, *Marbury v. Madison* (1803), sino *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), ya que, para Holmes, un país puede vivir sin revisión judicial de constitucionalidad, pero no puede existir si no está clara la supremacía de una institución en definir qué dice y qué no dice la Constitución. Véase Holmes, Oliver W., *The Essential Holmes*, Posner Richard A. (ed.), University of Chicago Press, 1992.

particular, profirió la sentencia *Cooper v. Aaron*,¹⁹³ donde confirió a su jurisprudencia carácter vinculante a este respecto y en caso de control de constitucionalidad.¹⁹⁴

Una de las características del sistema jurídico estadounidense, que constituye a su vez, si no el más, uno de los aportes más influyentes que ha realizado al constitucionalismo global, es la *judicial review*, extendida ya en los países en los cuales se promulgaron democracias constitucionales. Consiste en la facultad judicial para revisar la conformidad con la Constitución de las normas expedidas por el Congreso y el gobierno, pudiendo por tanto declararlas inválidas o sometiendo su interpretación a un sentido determinado. Los defensores del nuevo derecho en Colombia, así como los partidarios del movimiento del constitucionalismo democrático, no objetan y en cambio respaldan la facultad judicial para controlar la conformidad con la Constitución de las leyes expedidas por el Congreso, y en general de todos los actos de los poderes públicos garantizando la integridad y supremacía del texto fundamental, así como la vinculación de los organismos estatales a los derechos fundamentales.

En *Marbury* se instruyó la posibilidad de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución. En el caso que resolvió dicha sentencia, William Marbury demandó a James Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, porque no obstante haber sido nombrado juez federal de segunda instancia por John Adams, entonces presidente, pero no reelegido, a Marbury no se le confirmó el nombramiento. Jefferson no confirmó éste ni otros nombramientos a cargos judiciales, porque Adams los había hecho con premura antes de retirarse del cargo para conservar algo de poder una vez fuera de la presidencia.

Marbury acudió directamente a la Corte Suprema solicitándole un auto de *mandamus*, que obliga a los funcionarios a cumplir las obligaciones que les impone la ley, para que se le ordenara al secretario Madison realizar el nombramiento correspondiente. Marbury apoyó su demanda en el acto del Poder Judicial (*Judiciary act*) promulgado por el Congreso de la Unión en 1789. Como base de esta decisión, el presidente de la Corte Suprema, John Marshall, argumentó que aunque el nombramiento reunía los requisitos legales y Marbury efectivamente tenía el derecho a reclamarlo, la Corte no tenía competencia para ordenarlo, y no reconoció por tanto la pretensión de Marbury. La Constitución establece que, salvo en casos determinados, la

¹⁹³ 358 U.S. 1, 18, 1958.

¹⁹⁴ Larry, Alexander y Schauer, Frederick, "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 1359, núm. 110, 1997.

Corte sólo es una instancia de apelación, y este caso no figuraba entre aquellos enumerados taxativamente como de su competencia original.¹⁹⁵

Sin embargo, el acto del Poder Judicial debía ser considerado para ese caso concreto como una norma inconstitucional, y por unanimidad, la Corte descartó la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución. La Corte adquirió la competencia para declarar inválidas normas que se interpretaran contrarias a la Constitución. “El juramento no podía cumplirse de otra manera”. El juez Marshall estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que la rama judicial tiene la competencia para “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre la interpretación política de la Constitución. Se salvaguarda la propia Constitución por parte de la jurisdicción de cada estado y la Constitución federal contra las leyes estatales.

Se dice en la sentencia:

Si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de tal manera que la Corte debe decidir el caso conforme a la ley, desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley; la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si, entonces, las cortes están para vigilar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso.

Más adelante se sostiene que

Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables. Quienes niegan el principio de que el Tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley... El observar que con tal principio [obligatoriedad de una ley inconstitucional] se reduce a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas

¹⁹⁵ El primer ejemplo de la exclusiva sujeción de la Corte a las facultades que le otorga la Constitución para resolver casos específicos se encuentra en la negación del primer *Chief Justice*, John Jay, a dar un concepto solicitado por el presidente George Washington sobre las implicaciones constitucionales de un proyecto sobre política exterior.

[una Constitución escrita] es ya suficiente para rechazar la tesis en América, donde las Constituciones escritas se han visto con tanta reverencia.¹⁹⁶

Además de establecer y fundamentar dicha facultad judicial, el fallo ubicó la perspectiva del magistrado Marshall sobre la del presidente Jefferson, actuando así como un verdadero poder político del Estado.

Con importantes similitudes a los procesos de reforma institucional acontecidos en Europa, dentro de los cambios afines en la parte dogmática de las Constituciones en América Latina se destaca la superación de la adscripción o del reconocimiento de los Estados como confesionales y la adopción de una correlativa separación entre la Iglesia y el Estado, dotando de mayor consideración pública al pluralismo religioso respecto de las funciones de los organismos del Estado y las competencias y prerrogativas atribuidas a la Iglesia católica, tradicionalmente dominante como depositaria de la fe de los pueblos vecinos. Si bien de distintas formas se invoca el nombre o la protección de Dios en los preámbulos de las nuevas Constituciones, se consagró la libertad de cultos, lo cual hace a los Estados latinoamericanos no teístas ni ateos, sino laicos. Se reconocen las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, como expresa la Constitución ecuatoriana. El fundamento de esta forma de Estado no sólo es la igualdad de todos los ciudadanos, la garantía de los derechos sin configuraciones relativas a alguna fe particular, sino también la soberanía popular y la protección de las creencias de las minorías.

Se extendieron los catálogos de derechos, incluyendo no sólo sociales, sino también derechos al medio ambiente sano y las nuevas tecnologías.¹⁹⁷ Las Constituciones también se caracterizan por consagrar un particular interés en proteger el ambiente. Además de reiterar en la importancia de salvaguardar la libertad, se incluyeron principios como igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia, dignidad humana, autodeterminación nacional y responsabilidad social. Se receptó la fórmula, de forma casi invariable respecto del contexto europeo, del Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona, y cuya soberanía radica en el pueblo.¹⁹⁸ Se

¹⁹⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803. Trad. propia, énfasis añadidos.

¹⁹⁷ La Constitución Ecuatoriana (Título II, cap. VII y Título VII, cap. II) incluye una serie de derechos de la naturaleza.

¹⁹⁸ Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia que se constituye en un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no

consagró en general la forma central del Estado, pero con una administración descentralizada. El principio de descentralización fiscal y presupuestal reforzó el régimen municipal y departamental. Adicionalmente al respeto a las fuerzas minoritarias y al amparo a las diversidades sexuales y religiosas, el nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora muy importantemente la protección a los pueblos indígenas.¹⁹⁹ La protección y promoción de las diversidades (étnica, religiosa, política y sexual) se establece como principio de rango constitucional.

En los países que cambiaron en las últimas dos décadas de Constitución política se vive en general en una disociación permanente entre el plano normativo: el garantismo, la inclusión y el igualitarismo de las provisiones constitucionales; y el plano fáctico: la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, los millones de personas víctimas del desplazamiento forzado, la mayoría de ciudadanos por debajo de la línea de pobreza y la pobreza extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción. La impunidad reinante termina siendo un incentivo adicional para resolver los conflictos por la violencia.²⁰⁰ Se ha agudizado la brecha de la separación social, pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso y desarrollo. Colombia, según el exconsejero presidencial para la prosperidad, Samuel Azout, es el cuarto país más desigual del mundo en términos de distribución del ingreso.

Los modestos grados de crecimiento económico que se han alcanzado no han repercutido en un beneficio compartido por el gran número de ciudadanos, ya que correlativamente aumentan los indicadores tales como la confianza inversionista traducida en mayor inversión extranjera, aumentan los niveles de pobreza, pobreza extrema y desigualdad. Esto nos permite aseverar que muchas medidas que los gobiernos han tomado en desarro-

adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, o a alguna de sus variaciones, el artículo 3o. consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

¹⁹⁹ Grijalva, Agustín *et al.*, *Povos indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Brasilia, Instituto de Estudios Socioeconómicos, 2009.

²⁰⁰ Afirmaba un columnista de opinión de la época: “Los jueces adelantan un millón y medio de procesos, sin detenido alguno. Ocho ministros en 48 meses reflejan la dramática situación del sector”. Cañón Moreno, Luis, “Narcoterrorismo y paramilitares esperan a Gaviria”, *El Tiempo*, agosto 7 de 1990. A mediados de 1990 había 1.200,000 procesos penales sin detenido alguno y de 2,000 procesos de extinción de dominio contra bienes de narcotraficantes, no había ningún fallo en firme. Cañón, Luis, “Narcodiálogos, doble juego mortal”. *cit.*

llo de la Constitución, no son siquiera utilitaristas, pues no benefician a un gran número de personas.²⁰¹ Pareciera que estamos cada vez más lejos de modelos normativos de democracia, como el que se deriva de planteamientos como los de Rawls, conforme al cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que redunden en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.²⁰² En este mismo sentido podría dejarse planteada una idea: por los enormes problemas de representación política real de la gran mayoría de ciudadanos en las sociedades latinoamericanas, la conocida objeción contramayoritaria al Poder Judicial debe ser repensada en su denominación cuando se trata de objetar el papel activista de los tribunales que deben impartir justicia en tales contextos, pues no es precisamente contra las mayorías que se decide, sino contra los pequeños grupos cuyo poderío económico se traduce en mayor representación ante las instancias de decisión política. Los parlamentos están integrados cada vez menos por mayorías, de ahí su escasa representatividad y su baja popularidad.

Dicha disociación se explica en otra característica transversal de los procesos de reforma. Las Constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos consagran un constitucionalismo aspiracional, porque no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también consagran un tipo de sociedad a la que se aspira. Reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual, además de descriptivas son prescriptivas con alto contenido normativo, por lo cual contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. De este tipo de constitucionalismo, a su vez, se deriva que el primer cambio en las Constituciones es en su catálogo de derechos, pues en un contexto donde hay tanto descontento en una sociedad lo más natural es que la norma que regirá sus destinos no sólo organice las cosas como están, sino también que consagre un proyecto de país hacia donde se quiere llegar. Además de la consagración de nuevos derechos y principios, se han implementado políticas de acción afirmativa a partir del reconocimiento constitucional a sujetos de especial protección (indígenas, minorías políticas, desplazados, mujeres y afro descendientes). La apertura al derecho interna-

²⁰¹ Conforme a la filosofía utilitarista, el principio moral más elevado, bien sea respecto de las personas o políticamente hablando, consiste en maximizar el bienestar general, la felicidad colectiva o el equilibrio total del placer sobre el dolor. En una frase: maximizar la utilidad, lo cual significa maximizar el equilibrio entre felicidad y sufrimiento. Sandel, Michael, *Justice. What's the right thing to do?*, New York, Farrar-Straus-Giroux, 2009.

²⁰² Primera parte del segundo principio de justicia, o principio de diferencia. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

cional de los derechos humanos es también un rasgo común en los procesos de renovación institucional latinoamericana.

La modificación en el sistema de fuentes se encuentra dentro de los principales cambios en la parte dogmática; es decir, en la parte de la Constitución que consagra derechos, incluye principios y adscribe a una determinada fórmula política. Actualmente la jurisprudencia se ha involucrado en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. A la jurisprudencia constitucional subyace una ideología que irradia todas las instituciones, la cual se vislumbra con meridiana claridad en el respeto constitucional al pluralismo, a la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad y en la necesidad de contar con una economía libre pero solidaria de mercado.

La consagración de la dignidad y la forma de su protección amparando la autonomía individual hace al colombiano un constitucionalismo particularmente liberal. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en protección de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Latinoamérica. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica; es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional.

Además de la ampliación de la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, se reconoce como un significativo logro la incorporación de mayores espacios de participación ciudadana. Con diferencias contextuales, se evolucionó de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se procuró fortalecer los órganos de control. Se reorganizaron los parlamentos, se crearon otras instituciones como tribunales constitucionales, defensorías públicas y juntas monetarias, y se realizaron cambios al proceso legislativo para la expedición de leyes y la aprobación de reformas constitucionales. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la Constitución no sólo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se dotó de mayor equilibrio a los órganos de poder, lo cual en algunos casos se ha visto menguado por el correlativo poder de cooptación institucional que ha conseguido el presidente. A ello se articula alguna tendencia a las reformas para conseguir la reelección presidencial, lo cual ha conducido a un reforzamiento del hiper-“presidencialismo” (Nino). Se observa una

preocupación constitucional por fortalecer al Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del poder público, receptando así la idea de los frenos y contrapesos, que si bien se encontraba ya en algunos casos reconocida constitucionalmente, la falta de efectividad de los órganos creados para resguardarla la tornaba una garantía inocua.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, se trata de un constitucionalismo de la diversidad, toda vez que el principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad, tanto por su consagración como por la posibilidad brindada por las propias Constituciones de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección. Igualmente, la mayor extensión, pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas —en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario—, constituyen dos aspectos afines al contexto europeo, que permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano, o aquello que tempranamente se ha denominado “neoconstitucionalismo”, con particular repercusión en México, Colombia, Brasil, Ecuador y Argentina. La rigidez de la Constitución es, conjuntamente con su garantía jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de interpretarse extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al proceso de constitucionalización del derecho; de esta forma, se constituye en un elemento esencial de la doctrina neoconstitucional. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.²⁰³

A nivel orgánico sobresalen las reformas institucionales a los sistemas judiciales, los régimen políticos y los ordenamientos territoriales. En el contexto de las modificaciones a la parte dogmática de las Constituciones latinoamericanas, especialmente el reconocimiento de la diversidad y el fortalecimiento de los derechos constitucionales, se pueden identificar en síntesis varios elementos comunes:

1. Ampliación del catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad, la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales, y de derechos colectivos y ambientales. Asimismo, se incluyeron cláusulas de derechos innominados para no restringir el tipo de derechos a los incluidos expresamente en la Constitución. En Colombia, el último artículo del ca-

²⁰³ Ferrajoli, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi et al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91 y 92.

pítulo sobre protección y aplicación de derechos, preceptúa que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.²⁰⁴

2. Lo anterior se ha visto reforzado por la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos y tratamiento especial a los tratados de derechos humanos,²⁰⁵ lo cual ha conducido a reconocer y amparar estándares internacionales de derechos humanos a partir, básicamente, del “bloque de constitucionalidad” que integran las normas de un determinado ordenamiento jurídico, no por su consagración o por creación jurisprudencial, sino por integración, debido a la ratificación de un acuerdo internacional de derechos,²⁰⁶

3. Consagración de mecanismos para pugnar por la garantía y promoción de los derechos constitucionales, mediante instituciones judiciales como el amparo y la acción de tutela, y la creación de instituciones como defensorías públicas.²⁰⁷

²⁰⁴ Artículo 94. El Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, en su artículo 2 señala en igual sentido, además de que la tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, que “Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”. Esta posibilidad coherente con la referida cláusula fue sometida a examen de constitucionalidad, encontrándose exequible en sentencia C-018 de 1993.

²⁰⁵ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cit.

²⁰⁶ Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995 y C-191 de 1998. En Colombia, por ejemplo, los derechos de las víctimas del conflicto armado a verdad, justicia y reparación, han sido reconocidos en virtud del bloque de constitucionalidad. Las disposiciones constitucionales que establecen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno son reconocidas por los artículos: el 9o. que reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional; el 93, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos, e igualmente consagra que los derechos constitucionales se deben interpretar conforme a tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados; el 94, que integra la cláusula de derechos innominados; el 214, que al regular los estados de excepción preceptúa la imposibilidad de suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; y el 53, según el cual los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna.

²⁰⁷ Tanto algún mecanismo jurídico como alguna forma de “ombudsman” lo consagran las Constituciones de Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

4. Modificación de la forma de comprender la unidad nacional alrededor de ciertos principios tradicionales de identidad de pueblos y naciones (una determinada religión, lengua y forma de autoridad), para reconocer que la identidad y el reconocimiento no debe procurar conseguirse homogeneizando legalmente las diferencias, sino a partir del reconocimiento a un pluralismo razonable entre las concepciones del buen vivir de los distintos grupos.

5. En este sentido, el latinoamericano es el constitucionalismo de las diversidades, pues no sólo se reconoce la importancia sustantiva a la promoción de la igualdad y a la prohibición de discriminación, trascendiendo la vetusta noción de la igualdad formal, sino que a los grupos históricamente discriminados, tales como las minorías raciales, religiosas, políticas, sexuales y étnicas, así como mujeres y discapacitados, se les han dispensado tipos especiales de protección. En varios países incluso se determinaron circuncripciones especiales indígenas de representación política y se reconocieron lenguas autóctonas como oficiales, e igualmente se les reconocieron derechos especiales y diferenciados de ciudadanía.²⁰⁸

Si bien el constitucionalismo latinoamericano es laico, porque en todos los casos se consagra la figura de Dios, pero se reconoce la libertad religiosa, hay variaciones de grado pues algunas constituciones conservan algún rasgo confesional²⁰⁹ y otras reconocen la separación entre Iglesia y Estado.²¹⁰

6. Robustecimiento de la democracia y ampliación los canales para la participación democrática de la ciudadanía.²¹¹

²⁰⁸ Las Constituciones que realizaron los mayores cambios constitucionales respecto de la cuestión indígena fueron las de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia

²⁰⁹ “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano” (Argentina); “la religión católica es la del Estado” y se restringe la libertad de cultos a que no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres (Costa Rica); y “la religión católica es la de la mayoría de los panameños” y se limita la libertad de cultos al respeto a la moral cristiana y al orden público” (Panamá). La Constitución peruana señala que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”.

²¹⁰ Tal es el caso de las Constituciones colombiana, boliviana, brasileña, ecuatoriana, mexicana, nicaragüense, paraguaya y venezolana.

²¹¹ Se destaca en este punto la Constitución colombiana, que consagró varios mecanismos de democracia directa, como son el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria de mandato. Otras Constituciones inspiradas por la creación y consolidación de instituciones y mecanismos de este tipo, son la venezolana, la ecuatoriana, la boliviana, la brasileña y la peruana.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEPTUALIZACIÓN E INFLUJO EN COLOMBIA

I. INTRODUCCIÓN

La derrota del fascismo en Europa condujo a una reconfiguración de la geopolítica global como pocas veces había acontecido desde la decadencia y caída del Imperio romano. El mundo se dividió con una “cortina de hierro”, al decir de Churchill, y dos fuerzas adversarias dominaron el panorama político hasta la década de 1990 y tuvieron al mundo en vilo por una guerra de proporciones nucleares. Condujo también a una profunda reorganización del poder público y de las instituciones estatales, sobre todo de los países que habían resultado vencidos en la Segunda Guerra. Dogmáticamente y orgánicamente sus sistemas constitucionales debieron ser intervenidos para borrar todo rastro de la dictadura y la represión de derechos y garantías que habían envilecido al derecho cuando fue puesto al servicio de la validación de medidas autoritarias. Se trató sobre todo de los países que, como el ave Fénix, “resurgían de sus cenizas” al final de la derrota bélica; es decir, Italia con su Constitución del 22 de diciembre de 1947,²¹² y con una Corte Constitucional instaurada diez años después; y Alemania con la Ley Fundamental de Bonn, de mayo 23 de 1949.²¹³ Esta Ley inicia con un capítulo sobre derechos fundamentales y consagra de entrada el respeto a la primacía de la dignidad humana, a la cual le otorga un carácter de intangibilidad y un estatus inmodificable. Una fecunda producción teórica y la progresiva renovación de las tradiciones ju-

²¹² Vigente desde enero 1o. del año siguiente. Se trata de su primera Constitución, la cual se gestó luego de la abdicación de Víctor Manuel III en 1946. Antes de 1948 sólo existía un estatuto (“albertino”) que instauraba la monarquía constitucional con sufragio. El fascismo no abolió dicho Estatuto, pero lo dejó sin vigencia, pues como se sabe, la voluntad de *Il Duce* era el derecho en ese momento, tal como en Alemania era la del *Führer*.

²¹³ La cual en un principio sólo fue promulgada para Alemania Occidental, pero en agosto se firmó el tratado de la unificación entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, adhiriéndose así los cinco estados federados orientales, la Ley Fundamental adquirió vigencia nacional a partir de octubre de ese año. Otra fecha de trascendental importancia en este punto es el establecimiento del Tribunal Constitucional en 1951.

risprudenciales sucedieron estos acontecimientos de cambio constitucional, a partir de los cuales inició la configuración de una nueva forma de abordar el fenómeno constitucional y la concepción sobre la democracia.²¹⁴

Este constituye el primer momento histórico en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que serían particularmente influyentes en el desarrollo del derecho público en Occidente cuando en otros contextos se debieron afrontar, ante el fin de las dictaduras y la entrada a la democracia, los problemas que ya habían enfrentado los países derrotados en la Segunda Guerra. Es así como surge un segundo momento en el cual ingresan al neoconstitucionalismo los países que salieron de las dictaduras, tales como Portugal (1976) y España (1978). Instituciones públicas, formas de organización y control del poder, doctrinas judiciales y teorías jurídicas se encuentran entre las lecciones que tomaron varios países de la experiencia germana e italiana. Un tercer y último momento es del que hacen parte Colombia y los demás países latinoamericanos que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa.²¹⁵ Se ha tratado sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a complejas crisis de legitimidad, tal como en Colombia fue el desgaste institucional que trajo consigo el postfrente nacional por su cerrado sistema político, la falta de garantías sociales a la ciudadanía por la recurrente figura del estado de sitio, el ascenso de la violencia, una crisis institucional generalizada, los altos índices de pobreza, desigualdad, inseguridad y desempleo, así como una estructuralmente frágil forma de democracia representativa.

Desde dos puntos de vista se pueden observar los cambios acontecidos en las formas de los Estados y en el contenido y tipo del derecho constitucional. Históricamente, desde el surgimiento de un modelo ideológico y fórmula política denominada Estado constitucional de derecho, el cual surge en Alemania en la versión que se receptó en muchos países.²¹⁶ A Colombia

²¹⁴ Bellamy, Richard y Castiglione, Darío (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996; Baynes, Kenneth, “Democracy and the Rechtsstaat”, en White, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

²¹⁵ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

²¹⁶ Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia que se constituye en un Estado unitario social de

ingresó por vía del influjo que había ejercido en España, país cuya doctrina influenció determinantemente este y otros aspectos dogmáticos y orgánicos en los procesos de renovación constitucional en América Latina. Teóricamente, a partir de las críticas al positivismo que empiezan a configurar otros movimientos y escuelas que comparten la centralidad en el discurso jurídico de los derechos fundamentales, la vocación normativa de la Constitución y el desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política.

Las doctrinas jurídicas contemporáneas han acercado el derecho a la moral. Las tradicionalmente sólidas fronteras que los separaban se han desmoronado debido, tanto desde lo jurídico a la incorporación en las Constituciones de principios morales (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana) como desde lo político, a la reivindicación de una ideología conforme a la cual estos principios deben orientar la interpretación de los textos jurídicos²¹⁷ para cumplir en últimas con el principal fin del Estado, cual es la realización de los derechos, y, así, con el principio más importante en una democracia constitucional, cual es la dignidad humana. La moral ha dejado de ser un dominio individual y restringido a la conciencia individual, para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento de toma de decisiones. Respecto del pluralismo, por ejemplo, si bien en América Latina las nuevas Constituciones consagran la figura de Dios, incluyen la libertad religiosa y el respeto a la diversidad ideológica.

La expansión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, así como de las teorías jurídicas subyacentes, han determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.²¹⁸ En particular, en Colombia desde 1991 una serie de procesos

derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente a este modelo ideológico, el artículo 30. consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, *del Estado democrático de derecho* y de la forma republicana de gobierno.

²¹⁷ Dentro de los principales defensores de esta ideología se encuentra Ronald Dworkin. Véase Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2013, cap. 4.

²¹⁸ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2011.

de cambio y renovación se han venido presentando en el derecho constitucional y, por vía de la constitucionalización del derecho, en todo el ordenamiento jurídico. Central en este punto es la expansión de la densidad normativa material de la Constitución por cuenta de la jurisprudencia y el desarrollo de una nueva interpretación constitucional determinada por los principios que reivindica la filosofía liberal, ante el surgimiento de nuevos desafíos a los cuales se debe enfrentar un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

El neoconstitucionalismo aporta un valioso referente para analizar críticamente la manera como doctrinas jurisprudenciales, teorías jurídicas y discusiones académicas que han surgido en otros países para responder muchas veces —pero no necesariamente— a sus propias necesidades sociales y urgencias jurídicas contextuales han sido receptadas a distintos procesos locales de producción, interpretación y aplicación normativas. Comprender de forma adecuada el neoconstitucionalismo es útil para entender las maneras como se conforma a nivel trasnacional un canon de doctrinas y teorías, e igualmente otorga elementos para describir la manera en la cual teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales surgidas en países con contextos sociales, políticos e incluso culturales particularmente distintos entre sí viajan no obstante entre ellos y son receptadas conforme muchas veces a otras necesidades teóricas y prácticas. El influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo en Colombia ha trascendido la cuestión académica y pedagógica, para dar cuenta de una influencia efectiva en la concepción y puesta en práctica de sistemas constitucionales amplios y ambiciosos en sus alcances.

Se analizarán algunos de los principales elementos del nuevo constitucionalismo colombiano, sobre todo en consideración de uno de los asuntos más contenciosos en estos últimos años en los cuales se han expandido los contenidos materiales de la Constitución, por cuenta del trabajo de la institución a la que se le confió en 1991 la guarda de su integridad y supremacía. La cuestión tiene que ver con el rol que debe prestarle un tribunal constitucional a una sociedad profundamente desigual y con carencias de representación ante las instancias de decisión política, que a la vez se enmarca en una democracia que no es ya la mera representación electoral de la ciudadanía mayoritaria, sino una forma de organización político-social sustentada por principios constitucionales.

Son dos los objetivos de este capítulo: reconstruir los elementos medulares del neoconstitucionalismo tal como se ha constituido en un canon trasnacional desde finales de la década de 1940 en Europa y destacar algunas de las principales instituciones y doctrinas que han sido receptadas en Co-

lombia. Interesa observar el contexto teórico desde el cual fue posible que en Colombia surgiera un “nuevo derecho” como recepción y configuración del neoconstitucionalismo trasnacional. Se analizarán entonces algunos de los principales aspectos del canon tal como se han receptado, interpretado y configurado en los procesos locales de implementación progresiva de la constitucionalización del derecho y, en últimas, de realización del modelo ideológico del Estado social y democrático de derecho. Para propender por esta realización, conforme a Alexy,²¹⁹ se debe poner en marcha un sistema de democracia deliberativa, cuyos elementos normativos son a su vez incorporados y defendidos por las principales doctrinas dentro del neoconstitucionalismo.

II. PROBLEMÁTICA Y GÉNESIS DEL CONCEPTO

Los elementos medulares del neoconstitucionalismo se han asentado en la teoría jurídica iberoamericana. Algunos incluso han comenzado a realizarse en campos determinados, y su influencia desde los mismos procesos de configuración constitucional se ha incrementado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. El neoconstitucionalismo representa un debate contemporáneo claro en el estado actual de la cuestión constitucional (y más allá del derecho público e incluso privado). Se observa con claridad por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica y España sobre el neoconstitucionalismo,²²⁰ pero sobre todo sobre sus principales

²¹⁹ Alexy, Robert, “Ley fundamental y teoría del discurso”, en Cardinaux, Nancy *et al*. (eds.), *Las razones de la producción del derecho. Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.

²²⁰ Sus perfiles están bien reconstruidos en los trabajos más citados sobre el tema: Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Sastre, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009; del mismo autor (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; Atienza, Manuel, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007; Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007; Barroso, Luís R., *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, cit.; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009; Moreso, Juan José, *Constitución. Modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009; García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009; Clérigo, Laura - Sieckmann, Jan (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011; Clérigo, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Carbonell, Miguel (ed.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2011; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales. También se observa por que algunas de sus instituciones y de sus principios se han asentado en la teoría y se han realizado, por un lado, en la práctica de los países que redactaron sus Constituciones atendiendo a una tendencia trascnacional que las concibe como normas directamente aplicables y, por otro lado, en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía real de una persona.

Siguiendo esta tendencia, también las facultades de derecho renovaron sus programas curriculares. La preeminencia del neoconstitucionalismo en el debate doctrinario trascnacional y la determinación de los cambios doctrinarios, institucionales, jurisprudenciales y académicos que trajo consigo son factores de esencial consideración para avanzar en el cometido de validar la discusión neoconstitucional, porque, como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en particular, aspiran a realizarse en la práctica.

La profusión de investigaciones y estudios,²²¹ a nivel trascnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo, no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que (al menos) parece significar o implicar el concepto “neoconstitucionalismo”. La carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advierte Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso.²²² A juicio de sus críticos, se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles difusos. También se han enderezado objeciones acerca de la manera en la cual se han importado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento.²²³

²²¹ Mientras que en 2008 aparecerían poco más de 1,500 citas sobre neoconstitucionalismo en libros acogidos por Google Scholar y en las revistas indexadas, en la actualidad totalizan más de 4,000.

²²² Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 3, segunda parte. En este sentido son también conocidas las críticas de Juan Antonio García Amado, de quien puede consultarse *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. II.

²²³ García Amado sostuvo que si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”; canon que pretende identificarse en este capítulo. Cf. García Amado, Juan Antonio, “Prólogo” a Zavala, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010. En el mismo

Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos, que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. El uso vertiginoso del concepto en la terminología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.²²⁴ Conviene por tanto procurar una mayor claridad analítica a partir de una caracterización que muestre qué objetivo condujo al acuño del concepto y qué objeto identifica.

El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surgió para responder a los nuevos desafíos que imponía la necesidad de reconfigurar las instituciones del poder público luego de la Segunda Guerra y, luego, de la entrada de Portugal y España a la democracia. El constitucionalismo europeo durante la segunda posguerra exhibió una particular singularidad producto de los cambios institucionales, políticos e ideológicos que se debieron acometer para armonizar la vocación de poder del derecho y el respeto a la regla de mayorías, con principios de naturaleza moral, como la dignidad humana y aquellos incorporados en los derechos humanos, que se empiezan a constituir en el marco dentro del cual se deben implementar los cambios y en su mismo objetivo.

Se ha desarrollado no obstante de maneras originales y creativas respecto de algunas de sus principales instituciones cuando otros países se han visto en necesidades similares ante cambios normativos que deben ser implementados. En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas cen-

sentido, Pedro Salazar Ugarte, en una reconstrucción del garantismo y un enfoque crítico del neoconstitucionalismo para mostrar sus diferencias, reconoce que una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al derecho constitucional contemporáneo “en el ámbito ítalo-iberoamericano”, es precisamente el neoconstitucionalismo. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006; “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, 2011. Versión facilitada por el autor.

²²⁴ Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional, cit.*

trales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.²²⁵

El concepto se acuñó hacia mediados de la década de 1990. Fue introducido al léxico filosófico-jurídico y teórico-constitucional por profesores italianos: Tecla Mazzareze, de la Universidad de Brescia, y Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci, de la Universidad de Génova.²²⁶ Prontamente fue receptado en España y luego en América Latina, en Brasil, Perú, Ecuador, México y Colombia particularmente. Si bien dentro de la academia jurídica italiana y española con prontitud se empezó a hablar en distintos claustros universitarios de un nuevo derecho constitucional, la primera ocasión donde se expuso en América Latina el concepto fue en 1997 en el XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrado en Buenos Aires. En esa oportunidad Pozzolo lo utilizó en una conferencia sobre interpretación constitucional. Hizo referencia a un movimiento teórico que comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades. Sostuvo que la interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, tales como las leyes, y la cual, asimismo, está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución.

Aunque el recurso al concepto “neoconstitucionalismo” no es unívoco, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados de dicha doctrina es la limitación jurídica al poder a partir del criterio de la vinculación de los organismos del Estado a los derechos

²²⁵ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, versión manuscrita facilitada por la autora.

²²⁶ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 355-370; *Neocostituzionalismo e positivismo giurídico*, Turín, Giappichelli, 2001; Comanducci, Paolo, “Il positivismo giurídico: un tentativo di bilancio”, *Studi in onore di Franca De Marini*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 123 y 124; Barberis, Mauro, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, *Ragion pratica*, 2000, pp. 147-162; *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 27-41; “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. Véase también, Mazzarese, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en Tecla Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 2, nota 2; Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, *op. cit.* Pozzolo, Susanna y Ramos, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006; Quaresma, Regina et al. (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

constitucionales,²²⁷ como por ejemplo lo dejó claro la primera jurisprudencia proferida por el Tribunal Constitucional colombiano. No existía un concepto lo suficientemente comprehensivo de las doctrinas jurisprudenciales, tesis académicas, planteamientos ideológicos, que a su vez estuviera en capacidad de configurar el progreso y la renovación en el campo teórico, judicial y jurisprudencial en varios países de Europa con el cambio de sus textos constitucionales y la articulación con instituciones jurídicas estadounidenses que gestaron un movimiento al cual se unieron muchos países latinoamericanos, que no sólo cambiaron de Constitución, sino que la redactaron de una manera particular, al incorporar parte esencial de las características distintivas de un nuevo paradigma constitucional, articulado con un arsenal para propender a su garantía efectiva. La explicación contextual permite comprender la razón por la cual el “neoconstitucionalismo” gozó de un éxito fulminante.

Además de conservar los principios del Estado de derecho —introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación— como la separación de poderes, los importancia de los frenos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder; es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el Estado de derecho. Desde el canon trascendental que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del Estado constitucional de la segunda posguerra, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo “ingenuo” de la jurisprudencia de conceptos y la Escuela de la exégesis,²²⁸ hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo” (según la concepción de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958).²²⁹

²²⁷ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giurídico*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 27.

²²⁸ “Formalismo ingenuo” porque las doctrinas sustentadas por ambas escuelas respecto de la decisión judicial comportaban la negación absoluta de la discrecionalidad. La convicción en ciertas características del sistema jurídico (completitud —no hay lagunas—; coherencia —no hay antinomias—; diafanidad —no hay necesidad de interpretarlo—) formalizaba la decisión del juez y la volvía entonces la estructuración de un razonamiento silogístico a partir de premisas acabadas. García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isogoría*, núm. 35, julio-diciembre, 2006.

²²⁹ Cruz, Luis, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005. Sobre los tres puntos fundamentales de esta sentencia respecto del neoconstitucionalismo, véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, 2a. parte, Universidad Externado, 2003.

Los desarrollos jurídicos durante la segunda posguerra constituyeron la configuración de los lineamientos distintivos de un nuevo constitucionalismo, tales como la incorporación de derechos sociales y de principios de naturaleza moral en las Constituciones, así como de mecanismos para su garantía material y de instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. La Constitución se ha transformado de norma orgánica para determinar competencias entre las ramas del poder público y regular funciones entre organismos del Estado, en una norma jurídica propiamente que exige aplicar a las relaciones ciudadanas las garantías, los valores y los principios que la inspiran y fundamentan, así como a las tradicionalmente pétreas relaciones de poder en las esferas privadas. La insistencia en esta posibilidad, y su misma defensa neoconstitucional, de aplicar directamente los postulados de la Constitución a partir de mecanismos judiciales de naturaleza procesal, en lugar de dejarlos como inspiración de políticas y restricción para la expedición de leyes, constituye una reivindicación normativa de la históricamente alegada necesidad de que la moral contribuya a determinar al derecho.

El influjo del neoconstitucionalismo en un contexto particular se puede determinar de varias formas. Se desarrollará desde el contexto colombiano conforme a una serie de características de tipo orgánico y dogmático a nivel del texto constitucional, pero también de dos rasgos: primero, la renovación de las prácticas jurisprudenciales, que lejos ya de la mera solución en última instancia de conflictos jurídicos entre partes o contra organismos del Estado se han constituido en la principal forma de evolución dinámica del derecho; y segundo, el cambio en la literatura jurídica, que además de modificar sus marcos teóricos y pretensiones se encuentra permanentemente atenta a los desarrollos académicos y a las principales doctrinas jurisprudenciales extranjeras. Esta caracterización procura no sólo establecer los elementos que dotan de identidad teórica al movimiento, sino presentar argumentos para defender su conveniencia dentro de los procesos de constitucionalización del derecho.

III. CARACTERIZACIÓN E INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN

Las Constituciones, además de reglas, están integradas por principios; es decir, por normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Por esto, en lugar de ser mandatos definitivos como las reglas, los principios son manda-

tos de optimización. Debido a esta característica estructural distintiva entre reglas y principios, la forma idónea de aplicación de estos es la judicial y mediante la ponderación: mecanismo metodológico que se debe constituir en forma racional de argumentación. El ejercicio de la ponderación en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales es un presupuesto de la complejidad alcanzada por los sistemas jurídicos desde la segunda posguerra.

Se le otorga una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica”.²³⁰ Al Poder Judicial y al intérprete en general se les impone la utilización de herramientas argumentativas como el principio²³¹ de proporcionalidad para controlar la implementación de medidas legislativas, que tienen impacto negativo sobre los derechos fundamentales. Esta estructura argumentativa permite fundamentar la invalidación de intervenciones en derechos que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos. Resulta un mecanismo metodológico muy importante, y esencial en el contexto de las Constituciones normativas y los sistemas jurídicos constitucionalizados, porque, por ejemplo, en casos relativos al juicio de igualdad, su prescindencia implicaría que un acto que afectara muy intensamente la igualdad para favorecer muy levemente un fin constitucionalmente legítimo no sería declarado inconstitucional.²³²

²³⁰ Alexy, Robert, “Mi teoría del derecho”, discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado h.c. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

²³¹ Al cual se le ha denominado de distintas formas: “principio”, “mandato”, “regla”, “criterio”, “examen”, “factor” y “juicio”. Conforme a Clérigo, debido a que los tres submandatos del principio de proporcionalidad en sentido lato tienen carácter de reglas (y más precisamente reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas con estructura de principio), la proporcionalidad no se pondera frente a otros mandatos, sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. Por esta razón, en lugar de “principio” lo denomina “examen”. Cf. Clérigo, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit.

²³² Una de las discusiones más dinámicas sobre el neoconstitucionalismo en América Latina tiene que ver con el principio de proporcionalidad como mecanismo para resolver las colisiones entre derechos que se presentan en casos concretos. La idea de la ponderación y el propio concepto de principio parten de la base de que las disposiciones de derecho fundamental son indeterminadas e imponen a los intérpretes su concreción. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 90 y ss. Para el caso alemán: Clérigo, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit. 2007. Para la jurisprudencia de la Corte IDH: Clérigo, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sieckmann, Jan *et al.* (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional*.

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica, sino también desde el punto de vista político. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido además un tipo de Estado constitucional de derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de Constitución como norma directamente aplicable. Esta concepción implicó un viraje del modelo institucional, así como de la forma de organización política que hasta entonces se conocía. Otro componente es el teórico, ya que se torna imperativo un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica. Un planteamiento como el neoconstitucional, de profunda raigambre normativa y prescriptiva, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicho modelo.

Si bien la nomenclatura neoconstitucional ha sido utilizada apenas desde finales de la década de 1990, procura describir y explicar los cambios que se realizaron en los sistemas jurídicos iberoamericanos desde la década de 1970, y que progresivamente han ido extendiéndose no sólo institucional sino doctrinalmente, por cuenta de la promulgación de constituciones políticas que a su vez, en distinta medida según el contexto, transformaron las prácticas jurisprudenciales, exigieron una cualificación de la producción bibliográfica y una sofisticación de la doctrina jurídica.

Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica, a partir de la cual se comprende la necesidad de realizar trasplantes teóricos e institucionales,²³³

nal. *Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012. Desde diversos contextos y enfoques: Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Para el caso español: Sarmiento Ramírez, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007; Perelló D., Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Peruano: Bernal Pulido, Carlos, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, cit., cap. 11. Para su recepción en Colombia: Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control constitucional de las leyes” y “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; José Cepeda, Manuel, “La Constitución y el juez. Nuevos enfoques interpretativos”, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007. Para una perspectiva comparada entre Colombia y Chile: Lopera Mesa, Gloria, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2, diciembre de 2011.

²³³ Gargarella, Roberto, “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. 1, cap. XX; Böhmer, Martin, “Préstamos y adquisi-

ha sido implantada y fortalecida por el destacado papel de algunas academias jurídicas (lideradas por los polos intelectuales de México y Argentina, pero a los cuales se añan progresivamente otras academias, como la colombiana, la brasileña, la ecuatoriana y la peruana), que renovaron sus Constituciones, dotaron a su jurisprudencia y a la de organismos internacionales de carácter vinculante, aumentaron y cualificaron su producción teórico-doctrinaria, empezaron a prestar atención a los desarrollos dogmáticos trasnacionales, y desde hace unos años se han empezado a traducir importantes obras publicadas en Inglaterra, Italia, Alemania y Estados Unidos.

En este sentido, pueden identificarse sitios locales de producción de un nuevo modo trasnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia retributiva hacia el país de influencia trasnacional. Hay también casos intermedios.²³⁴ El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico.²³⁵ En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

1. *Constitución*

i. Se reconoce un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo ideológico del Estado social, o constitucional, de derecho.

ii. El neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”. Se incorporan a las Constituciones principios morales. La Constitución está cargada de un valor intrínseco: es un valor en sí.²³⁶

iii. Además de normas orgánicas que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, las nuevas Constituciones consagran numerosas normas de carácter dogmático, que

ciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, conferencia presentada en la versión de 2007 del SELA. Referenciada a partir de la versión manuscrita facilitada por el autor.

²³⁴ El abordaje más completo sobre la temática en Colombia se encuentra en Bonilla Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2009.

²³⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit.; Ahumada, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

²³⁶ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

garantizan los derechos subjetivos frente al Estado y los poderes privados. El contenido de la Constitución es sustantivo.

iv. Como novedad determinante se cuenta el que las Constituciones contemporáneas contienen un catálogo de derechos que no sólo está integrado por los clásicos de libertad, sino también por derechos sociales.

v. En tanto norma jurídica, la Constitución posee un atributo hasta ahora atribuible a las normas, a saber; la naturaleza normativa, en tanto se trata no ya de una norma para validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico, sino de una norma jurídica propiamente cuyos mandatos son obligatorios e impositivos en lugar que meramente declarativos o programáticos.

vi. Mediante la aplicación directa de la Constitución por su naturaleza normativa y a partir de la fuerza vinculante de los derechos, se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

vii. Además de imponer límites al legislador respecto de cómo realizar los trámites de los proyectos de ley y de reforma constitucional, amplían las exigencias a todos los poderes del poder público y los órganos de control, por lo cual asistimos a un tránsito de la forma de concebir a la Constitución como un límite al orden jurídico, hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.²³⁷

viii. La Constitución condiciona además de las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia y doctrina), la acción de los actores políticos. Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución “invasiva”.²³⁸ El orden valorativo que representan las provisiones iusfundamentales no sólo vale para todos los ámbitos del derecho, sino que también proporciona directrices e impulsos para la legislación.²³⁹

ix. La Constitución se interpreta sistemáticamente, en lugar que aisladamente. Los jueces asumen en su actividad que el sentido de las provisiones iusfundamentales se extrae concibiendo a la Constitución como un

²³⁷ Aguiló, Josep, “Sobre la Constitución en el Estado constitucional”, *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

²³⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara, 2007.

²³⁹ El punto central del sistema valorativo objetivo lo constituye el derecho general a la personalidad y la dignidad humana. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 507 y ss.

todo, en lugar que como una agregación de normas que se interpretan una por caso. Se articulan directamente en la interpretación para resolver un caso diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (efectividad de los derechos sociales, por ejemplo).

x. La normativa se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Cuando hay una disyuntiva interpretativa donde ambas opciones son admisibles, se debe optar por aquella favorable a algún mandato constitucional.

xi. La Constitución debe ser rígida; es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma. Si bien la idea de la rigidez es propia del constitucionalismo clásico, que por ejemplo desempeñó un papel importante en el periodo de ratificación de la Constitución estadounidense, surge revitalizada contemporáneamente por su valor en el proceso de constitucionalización del derecho.

xii. Las nuevas Constituciones comportan una nueva perspectiva sobre la nacionalidad, ya que los textos constitucionales tendían a homogeneizar a las personas según criterios determinados. Actualmente, no sólo se elimina la homogeneización vía normatividad, sino que se reivindica el pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la identidad civil latinoamericana.

xiii. Las Constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos no organizan exclusivamente al Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas disposiciones-provisiones de realización progresiva. En este sentido, las Constituciones latinoamericanas contemporáneas son “aspiracionales”.²⁴⁰

xiv. Además de reglas, las Constituciones están integradas por principios, los cuales se representan conspicuamente en las provisiones contenidas en los derechos fundamentales. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las Constituciones democráticas contemporáneas contienen normas que limitan y encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales.²⁴¹

²⁴⁰ García Villegas, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en García Villegas, Mauricio *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

²⁴¹ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*

xv. La Constitución tiene garantía jurisdiccional; es decir, comporta la existencia de tribunales que deben pugnar por su propia supremacía al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden cambiar la propia Constitución; resguarda que la Constitución sea la norma de normas.

xvi. Las tesis sobre el valor normativo de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos, así como la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, comportan dos ideas: la Constitución no está dirigida solamente a las autoridades públicas; es decir, rige también las relaciones entre particulares, y todos los jueces pueden aplicar la Constitución. La Constitución influencia de forma determinante las relaciones políticas.

2. *Derechos*

i. Los derechos fundamentales existen como parte del derecho positivo; es decir, tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas, que serán eventualmente desarrolladas por el Legislativo. Como las disposiciones de los derechos fundamentales delimitan su contenido, son el principal elemento de la estructura de estos derechos.²⁴² A partir de la institucionalización de los derechos en la Constitución, existen en el mundo jurídico, lo cual adquiere actualmente preponderancia respecto de su fundamentación moral.

ii. Se producen múltiples mundos constitucionalmente posibles como consecuencia de la naturaleza normativa de la Constitución y de su contenido sustantivo (amplio catálogo de derechos y principios que vincula como eje del análisis constitucional). El lenguaje en el que se expresan los derechos es indeterminado, o de “textura abierta”.²⁴³

iii. La transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba el efecto normativo de los derechos sólo en las acciones entre los entes públicos y los ciudadanos. Además del efecto de irradiación, los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal o hacia particulares.

iv. La tesis de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la inte-

²⁴² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

²⁴³ Hart, L. A., “The Open Texture of Law”, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

gridad de la Constitución, hacen que las prescripciones contenidas en los derechos irradién todas las normas.

v. Respecto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, los derechos fundamentales influyen todo el derecho en las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, pero también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. Constituyen una pauta para todos los organismos que aplican el derecho.²⁴⁴

vi. Los derechos sociales, en tanto normas fundamentales, son justiciables judicialmente. Ya no están necesariamente sujetos a leyes que los garanticen y desarrollen.

vii. El aumento del número y el tipo de derechos en las Constituciones contemporáneas, vía reforma al texto o vía desarrollo jurisprudencial, ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La más significativa invención procesal es el recurso de amparo (o, como se denominó en Colombia, acción de tutela). Como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, la tutela ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

viii. Los derechos fundamentales tienen un “contenido esencial”; es decir, si bien por no ser absolutos ceden y se restringen en casos concretos, hay un límite a la restricción, que se gradúa desde su conformidad constitucional y a partir del examen de proporcionalidad.

ix. Como además de reglas los sistemas jurídicos contienen principios, adicionalmente a la subsunción como mecanismo metodológico para la aplicación del derecho, hay que contar con otro mecanismo para aplicar los principios. Este mecanismo es la ponderación, que, como forma de argumentación, permite construir una jerarquía relativa de los principios respecto del caso concreto.

x. En el contexto más general de la ponderación, el principio de proporcionalidad es un examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales que descalifica las intervenciones que suponen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos. Controla la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos. Es una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante.

²⁴⁴ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Bendae, Ernst *et al.* (eds.). *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 93.

xi. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva.²⁴⁵ En los casos en los cuales la Constitución habla con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito en los derechos para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

3. *Poder Judicial y jurisprudencia*

xii. El Poder Judicial es poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. En 1848 el constitucionalista chileno, José Victorino Lastarria, afirmaba que como todos los demás poderes, el Poder Judicial es un verdadero poder político del Estado.²⁴⁶

xiii. El Poder Judicial es entonces un verdadero poder público del Estado, porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. El rol judicial consiste en la interpretación, pero también en la creación y en el desarrollo del derecho, así como en la protección de la Constitución.

xiv. A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a la consagración constitucional de los derechos, se debe su aplicación efectiva. La consagración de los derechos es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido con los derechos de los jueces constitucionales.

xv. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En Colombia, bajo la Constitución anterior, de 1886, las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley,²⁴⁷ pero hoy por el contrario las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos.

xvi. Desde el constitucionalismo del Estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros.

²⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit.

²⁴⁶ Lastarria, José V., *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

²⁴⁷ En Colombia el legislador de entonces ordenó incluir la carta de derechos de la Constitución al inicio del Código Civil.

En la actualidad se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

xvii. La jurisprudencia ha pasado a ejercer una notable influencia en las formas tradicionales de comprender el derecho. Se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica; es decir, en la principal fuente de la manera como se comprende el derecho en el ámbito académico y profesional.

xviii. Como factor determinante de la labor judicial, la jurisprudencia ha instituido las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los derechos constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción, tales como, principalmente, el juicio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

xix. Las transformaciones en la forma de concebir el derecho a las que procura responder el neoconstitucionalismo tienen que ver también con la hasta ahora inédita posibilidad de que hayan normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Es decir, el concepto “Constitución”, entendido desde una concepción lógico-jurídica, no admite la invalidación de normas ante casos concretos, pero en ciertos casos los jueces deben omitir la estricta aplicación de reglas, porque se generarían efectos inconstitucionales en tanto se violentarían principios fundamentales.

xx. La labor de los tribunales y jueces constitucionales que se defiende desde las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, respecto de la garantía jurisdiccional de la Constitución, se relaciona con la admisibilidad de la declaratoria de nulidad de leyes, porque resultan violatorias de algún principio constitucional.

xxi. Es democrática la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de las reformas constitucionales, porque contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la idea de gobierno o poder del pueblo), sino también respeto a los derechos minoritarios. Ofende a la concepción neoconstitucionalista el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática.²⁴⁸

²⁴⁸ Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos con-

IV. EL “NUEVO DERECHO” COMO CONFIGURACIÓN LOCAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO TRASNACIONAL

El concepto “neoconstitucionalismo” constituye una nomenclatura constitucional de carácter transnacional que, en general, se ha conservado y extendido en los contextos latinoamericanos. En Colombia —no pacíficamente— se ha denominado “nuevo derecho” desde cuando en 1991 hubo un cambio de Constitución. En tanto recepción y configuración local del neoconstitucionalismo trasnacional, el concepto “nuevo derecho”, aunque pareciera denotar un cambio radical como el acontecido luego de una revolución, se empezó a usar desde las sesiones de la asamblea debido a las novedades que se introducían en la nueva Constitución respecto de la anterior. El marco en el cual se comprenden los principales procesos de cambio y reforma institucionales es la adscripción constitucional al modelo de Estado social, o constitucional, de derecho. Podría referirse indistintamente al Estado de derecho social o constitucional en la medida en que al consagrarse en la Constitución los derechos sociales y al haberse propendido hacia su aseguramiento por vía judicial mediante mecanismos como el amparo, lo constitucional en sentido amplio implica lo social.²⁴⁹

Durante el periodo en el cual en Italia se publicaban y difundían los trabajos pioneros del neoconstitucionalismo por parte, como se señaló, de Mazzareze, Pozzolo, Barberis y Comanducci, en Colombia estaba surgiendo la necesidad de contar con teorías y doctrinas para orientar, pero sobre todo para fundamentar los procesos de implementación de una nueva normativa constitucional. Sobre la genealogía del neoconstitucionalismo en Colombia es interesante destacar que fue una sentencia de la Corte Suprema de Justicia previa al cambio constitucional acontecido en 1991 —y, por lo tanto, anterior a la Corte Constitucional— la que podría concebirse inspirada en él. Se trata de la sentencia del 9 de octubre de 1990, que declaró constitucional el decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una asamblea constituyente. La Corte configuró el camino para cambiar de texto constitucional. Argumentó que “El Derecho no pertenece al ámbito de

tramoyoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos, como aquellos que aseguran la autonomía individual. Consultese, Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional, cit.*

²⁴⁹ En Colombia, después de que la Corte Constitucional declaró un derecho innominado al mínimo vital —difuminando la radical separación entre derechos fundamentales y derechos sociales— se hace referencia a los derechos constitucionales fundamentales.

lo lógico, ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad”.

Una vez proclamada la Constitución, el uso del concepto fue errático. Se utilizó fundamentalmente, por un lado, como categoría de tintes políticos para demarcar la senda que el nuevo texto le había abierto a la sociedad, y, por otro, como un concepto académico que criticaba el derecho tradicional. Esta distinción puede plantearse como se dio en la antigua Roma entre el “derecho elegante” y el “derecho vulgar”. Un discurso del entonces presidente César Gaviria, impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, en junio de 1993, puede ser considerado como una de las primeras defensas y descripciones de este movimiento.²⁵⁰ En uno de sus apartes se contraponen “los administradores de códigos, párrafos e incisos” a los “administradores de justicia”. Los primeros tienden a decir siempre “no” porque se quedan amarrados en una coma o en una palabra y reducen el derecho al texto de las leyes; mientras que los segundos buscan un cambio dentro del respeto a las leyes y miran el sentido de una regla dentro de la realidad social y entienden en última instancia cuáles son los valores democráticos que las leyes buscan preservar.²⁵¹

En otros discursos presidenciales impartidos en la Asamblea Nacional Constituyente y después de la proclamación de la Constitución, la expresión “nuevo derecho” aparece con frecuencia. Se le hace referencia sin un significado particular y más bien como un modelo ideológico que enmarca los cambios esperados en las formas de concebir, interpretar y aplicar el derecho en el contexto de una nueva Constitución. Gaviria reconoce que tituló “nuevo derecho” aquel discurso para recurrir a una terminología común entre periodistas, editorialistas y profesores de derecho. Dentro de los primeros aspectos que se destacan es la cercanía históricamente inédita entre el ciudadano y el propio texto; relación en la que median las nuevas instituciones que están colocando “en la letra fría de las normas rostros de seres humanos que han vuelto a confiar en la justicia y en el derecho” —se dice en el discurso— cuyas ideas centrales responden a las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad, la creciente confianza del ciudadano en las instituciones. Tal como lo fue en Alemania con su Ley Fundamental, el epicentro del análisis constitucional es el respeto a la

²⁵⁰ Publicado en *Quaestiones Iuridicae*, núm. 1, Bogotá, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1993.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

dignidad del ser humano. Amparar el pluralismo y fortalecer la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad, son otras ideas centrales de lo que se concibió desde el principio como caracteres propios y distintivos del nuevo derecho en Colombia.

Este marco permite asimismo entender que a partir, tanto de las lecturas y renovadas interpretaciones de textos jurídicos cuyos autores eran bien conocidos en el exterior, pero permanecían prácticamente anónimos hasta ese momento, como de la propia producción bibliográfica nacional —original y por traducciones—, empezaron a difundirse y arraigarse cada vez más una serie de elementos de análisis jurídico, los cuales surgieron en otros países, tales como argumentos constitucionales, herramientas interpretativas, instituciones judiciales y mecanismos para la interpretación y aplicación de las provisiones constitucionales, así como ideologías de raigambre antiformalista que criticaban la cultura jurídica dominante.

Las características medulares del neoconstitucionalismo han tenido eco efectivo en diversos sistemas jurídicos iberoamericanos. Constituciones como la española, la brasileña, la colombiana y la ecuatoriana son, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica.

Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitio que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial.

Al seguir un núcleo común del neoconstitucionalismo, de sus elementos cardinales en contextos de recepción teórica y doctrinaria, debe realizarse un filtrado de los planteamientos y argumentos más representativos a nivel transnacional que presenten mayor relevancia para explicar la naturaleza de dicho modelo a partir de las consecuencias que han sido derivadas para

explicar, modificar y desarrollar elementos propios de distintos sistemas jurídicos. Este proceso puede denominarse de “aclimatación teórica”, y no proviene de la imposición intelectual de un canon prefijado, sino que han sido necesidades institucionales propias que han urgido recurrir a doctrinas e instituciones extranjeras que contribuyan a interpretar y aplicar adecuadamente los mandatos del texto.²⁵²

Para sustentar el modelo que supone la recepción del neoconstitucionalismo en Colombia como marco para comprender las dinámicas de creación del derecho, se desarrollarán tres niveles de análisis: una nueva Constitución en 1991, renovadas prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional —y su misma creación— y desarrollos académicos y doctrinales. De aquí se pretende argumentar que el neoconstitucionalismo en Colombia sí supone una novedad y una particular significación dentro de la concepción del Estado social de derecho.

1. *Nueva Constitución política*

Bernal Pulido señala contundentemente que la Constitución de 1991 determinó la entrada de Colombia al neoconstitucionalismo.²⁵³ López Medina también asigna a la promulgación de la Constitución la creación del nuevo constitucionalismo colombiano.²⁵⁴ Siguiendo de manera entusiasta esta adscripción, es fructífero observar otros aspectos y peculiaridades que ha venido presentado paulatinamente el ordenamiento jurídico colombiano para determinar mejor el nivel de tal influjo y, sobre todo, para que la adscripción de la categoría al contexto constituya una argumentación que eluda y supere muchas de las críticas que ha recibido desde la misma génesis constitucional.

Atribuir a la expedición de una Constitución la creación de un nuevo constitucionalismo puede incurrir en el defecto de considerar a la Constitución solo desde un punto de vista formal y estático, el cual resulta insuficiente para caracterizar adecuadamente las dinámicas de ampliación de la densidad normativa material de la Constitución, proceso inevitable en un ordenamiento jurídico constitucionalizado. No se pueden dejar de lado, en un análisis sobre la creación del nuevo constitucionalismo colombiano, va-

²⁵² Evans, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007.

²⁵³ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, cit., p. 149.

²⁵⁴ López Medina, Diego, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002, p. 15.

riables como la normativa constitucional, que no hace parte propiamente del texto como aquella de origen jurisprudencial, la que se refiere a los derechos innominados, la que regula el régimen de partidos o la proveniente vía bloque de constitucionalidad. Solo a partir de una consideración conjunta de la creación de una nueva Constitución, de la renovación de las prácticas jurisprudenciales y del desarrollo de una dogmática jurídica que responda a estos avances, es posible reconocer la verdadera creación del nuevo constitucionalismo colombiano.

Por esto Alexy afirma que si se pregunta dónde están consignados los derechos en un país, no se debe referir a la Constitución, sino a los tomos de jurisprudencia del tribunal constitucional.²⁵⁵ Si la naturaleza de la constitucionalización del derecho se entiende como instrumental, pero fundamentalmente como gradual, deben examinarse otros aspectos posteriores a la promulgación de una Constitución, que son los que permiten determinar en realidad el grado del influjo que en un contexto particular ha tenido el neoconstitucionalismo por cuenta de elementos determinados de la categoría.

La concepción contemporánea de la Constitución como “un orden valorativo” (*Lüth*) que determina obligaciones puntuales a las autoridades y establece mecanismos para su aplicación, forma parte de toda una fenomenología de cada vez mayor raigambre transnacional. En países donde se han reformado parcialmente o cambiando del todo sus textos constitucionales desde mediados del siglo pasado, hablar de neoconstitucionalismo implica, sin duda, hablar al unísono de los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la Constitución entendida como provisión. Con la noción de constitucionalización se da a entender la irradiación de la Constitución, y particularmente de los derechos fundamentales, a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado.

Los cambios que trajo consigo la implementación de los elementos medulares del neoconstitucionalismo, aunados a la cardinal tarea desempeñada por la Corte Constitucional y por la doctrina, instituyeron transformaciones importantes que diferencian los esquemas institucionales, en particular en lo relativo al desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales. Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en 1991 serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia, países a los cuales fueron invitados constituyentes colombianos para asesorar sus respectivos cambios constitucionales.

²⁵⁵ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

Varios cambios constitucionales en América Latina han estado dirigidos hacia la integración de la reflexión académica y doctrinal sobre variables culturales como el multiculturalismo, la interculturalidad, la transculturación, las fronteras culturales, la negociación identitaria y la apropiación e hibridación cultural, las cuales han llegado a convertirse en estos últimos tiempos en una de las dimensiones fundamentales de la propia condición civil latinoamericana. En Colombia la perspectiva del pluralismo se ha instaurado debido a la justicia que imparte la Corte Constitucional mediante una prolífica y progresista jurisprudencia que ha logrado dar salida efectiva a intensas problemáticas y tensiones respecto a la pretendida hegemonía de la cultura mayoritaria sobre las minorías culturales.

De manera conjunta a las normas de carácter orgánico de la Constitución que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado en cuanto a su estructura, dinámica y gobierno, y la distribución competencial entre los poderes públicos y entre éstos y la sociedad civil, la jurisprudencia constitucional ha fortalecido y enaltecido el valor de las normas constitucionales de carácter dogmático que garantizan los derechos de las personas frente al Estado y a los poderes privados. Los valores y principios que se incorporaron en las Constituciones orientan su concepción y las formas idóneas y legítimas de interpretarla. Lo mismo sucedió en Alemania: la Constitución de Weimar ya contenía derechos fundamentales, pero eran un objetivo que se le planteaba al Estado y no, como pretende la Ley Fundamental, derechos en tanto provisiones exigibles.

Orgánicamente es importante destacar en Colombia la creación de una jurisdicción independiente (la constitucional) a cuya cabeza se ubicó una nueva institución a la que le corresponde resguardar su integridad y supremacía. El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional no se ha limitado a realizar una función de revisión de la validez constitucional de una ley, sino que ha transformado esta labor en función del alcance y significado de una Constitución democrática, que consiste, fundamentalmente, en que las normas del texto son directamente aplicables por razón de herramientas judiciales como la tutela, la cual permite proteger derechos innominados en las leyes, e incluso apartarse de la ley cuando señala una solución diferente de la que se deriva de una interpretación sistemática de la Constitución. La validez de las normas bajo el paradigma neoconstitucional no sólo comporta requisitos formales; es decir, el riguroso acatamiento de los requisitos de creación establecidos en la Constitución y en las leyes de mayor jerarquía, sino también materiales, es decir, la plena conformidad constitucional de las medidas legislativas propuestas.

El cambio de idea de Constitución formal por Constitución material es uno de los aspectos cardinales del neoconstitucionalismo en Latinoamérica. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios y valores que comportan tales garantías condujo a la transformación de un modelo de Estado con un sistema político-administrativo mucho más complejo que su antecesor. Tal como en Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para dar cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de diversos movimientos sociales, y con el antecedente de las revoluciones rusa y mexicana, y de la evolución constitucional de Weimar y del *New Deal* de Roosevelt, las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de derecho hacia un Estado social, o constitucional, de derecho, que procura no sólo determinar reglas amplias de competencia, sino sustentar la garantía a los derechos sociales que se les deben asegurar a los ciudadanos. La idea de protección a derechos como los sociales no puede concebirse como caridad o buena voluntad, sino como una obligación propia de los Estados contemporáneos.

La Constitución colombiana ha ampliado las exigencias normativas a todos los poderes públicos. La más significativa invención procesal a este respecto transnacional de la Constitución, en Colombia, es la versión particular que se adoptó del recurso de amparo: la acción de tutela ha permitido en parte fundamental la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución debido a que mediante ella se ha extendido el alcance material de la protección de los derechos al reconocer efectivamente que no sólo son fundamentales los derechos consignados en el capítulo constitucional titulado “De los derechos fundamentales”, sino que también lo son derechos como los sociales, que igualmente merecen una protección del Estado en determinadas circunstancias.²⁵⁶

²⁵⁶ Los principales trabajos teórico-prácticos sobre la tutela son: García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo, “Reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?”, *Revista de Derecho Público*, núm. 15, Universidad de los Andes, 2002; Cepeda, José Manuel (coord.), *La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado*, Bogotá, Presidencia de la República, 1992; Osuna, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado, 1998; Barreto, Antonio, “Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 1999; Arango, Rodolfo, “La jurisdicción social de la tutela”, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; Botero, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006; Pérez, Bernardita, *La acción de tutela*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003; Barreto, José Vicente, *Acción de tutela. Teoría y práctica*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 2001; Quinche, Manuel Fernando, *La tutela: el amparo colombiano*, Bogotá, Temis, 2011.

El trascendental cambio en la concepción de la Constitución como una norma directamente aplicable, y no sólo ya como la norma que regula la creación y aplicación de las normas inferiores, no hubiera podido pasar de la novedad teórica a la realidad práctica sin la instauración de mecanismos eficaces creados para procurar asegurar la realización social de los postulados y las garantías constitucionales, traducidos en derechos fundamentales. Si en América Latina la historia del Poder Judicial ha sido en general la restricción y falta de progresismo, la historia de los derechos ha sido la de un texto escrito en letra muerta por la falta de mecanismos eficaces que propendan a su protección. Estos cambios propiciaron una verdadera transformación de la sociedad por cuenta del derecho, y particularmente del constitucional. Ahora los ciudadanos son por primera vez conscientes de la dimensión constitucional de muchos de los principales problemas que los aquejan, los cuales entonces pueden encontrar respuesta por medio de las acciones establecidas en la Constitución, tanto de forma individual como colectiva. Las figuras creadas constitucionalmente y desarrolladas por la Corte han producido también un importante proceso de apoderamiento de los ciudadanos y los grupos sociales.

Además de intelectual y jurídico, el neoconstitucionalismo se destaca también por un rasgo político debido a su alto compromiso con el modelo ideológico del Estado social de derecho, en virtud del cual se extiende la protección a los derechos sociales dentro de una economía libre de mercado, pero también solidaria. La importancia de la tutela radica igualmente en que se ha constituido en un mecanismo que ha permitido unificar la jurisprudencia en el ámbito constitucional, cuando no se hace por vía de sentencias de constitucionalidad (particularmente mediante la tutela contra sentencias). Si se fuera entonces a determinar puntualmente el rasgo central de la corriente neoconstitucional cuyo modelo de organización política es el Estado constitucional, habría que señalar la supremacía de la Constitución y su concepción como provisión, debido, esencialmente, al catálogo de derechos fundamentales y sociales que consagra, a los mecanismos que establece para garantizarlos, a los tribunales que deben propender a su efectivo cumplimiento y al control de constitucionalidad como amplio dispositivo que ha propendido a garantizar la efectividad de la Constitución.

2. *Prácticas jurisprudenciales renovadas*

La Constitución insertó en la realidad jurídico-constitucional colombiana un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia consti-

tucional la que permitió que entrara en vigor. Es sólo a partir de la labor comprometida de la Corte con el catálogo de derechos como las provisiones contenidas en ellos se convierten en verdaderas garantías. La histórica concepción de una Constitución como un texto de referencia o principio de trasfondo para la elaboración de las leyes de menor jerarquía y que sólo consagraba un catálogo teórico de garantías, ha trascendido en Colombia y muchos países de la región hacia una concepción donde los tribunales constitucionales pueden, y deben, crear y desarrollar el derecho, labor que han desempeñado mediante una novedosa y creativa jurisprudencia.

Se ha abandonado el uso arcaizante que tenía la jurisprudencia, la cual sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio; ahora se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. La Corte demanda que se instaure y fortalezca en todo el Poder Judicial la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y de su amplio proyecto social, máxime en países cuyos sistemas jurídico-políticos amparaban tradicionalmente los derechos con dependencia de su estipulación legal, mas no de su consagración constitucional.

Por el mencionado valor esencialmente programático de las Constituciones que se promulgaron antes de que entrara en apogeo el movimiento neoconstitucional, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. Las sucesivas reconfiguraciones dogmáticas de los textos fundamentales han puesto de manifiesto que si bien la Constitución es básicamente un cuerpo normativo orgánico, es mucho más que eso, pues mediante una interpretación sistemática de sus normas se ha establecido una función política con miras a que se adapte constantemente a realidades convulsionadas y representadas por elocuentes factores de desigualdad y subdesarrollo. La jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones.

El nuevo derecho colombiano se caracteriza por una alteración en el sistema de fuentes. Se minimizó el monopolio de la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa. La jurisprudencia, en particular cuando constituye subreglas, es una fuente plena de derecho. En dos décadas de renovadas prácticas jurisprudenciales, el Poder Judicial se ha constituido en

un verdadero poder político del Estado, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución política. El Judicial no es sólo un poder arbitral de lo constitucional e inconstitucional, sino que de forma determinante consiste ahora también en la creación y el desarrollo del derecho.

Ha instituido técnicas interpretativas propias de los desarrollos jurídicos transnacionales sobre la concepción y, en particular, la aplicación de los derechos fundamentales para maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción. Son ya cada vez más conocidos por fuera de una élite intelectual de especialistas herramientas como la ponderación, que se utiliza metodológicamente para resolver conflictos que surgen entre los derechos fundamentales al aplicarse. Es también influyente la concepción de tales derechos desde una doble dimensión (individual subjetiva frente a la institucional-objetiva) y el criterio de la razonabilidad para lograr su protección; el principio de proporcionalidad como examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales logra con su aplicación en la resolución de casos concretos irradiar los derechos al derecho ordinario, y su proyección horizontal (a través de la *Dritt-wirkung*), o, debido a la consideración en casos particulares, la observancia del “contenido esencial” de tales derechos.

Hasta septiembre de 2013 la Corte Constitucional ha proferido 15,536 sentencias de tutela, 5,574 de constitucionalidad y 4,667 autos.²⁵⁷ Esta cuantiosa cifra se dimensiona en su verdadera magnitud al confrontarla con el número de decisiones de otros tribunales cuya función es idéntica o considerablemente similar a la desempeñada por la Corte Constitucional colombiana. La Suprema Corte de los Estados Unidos decide en promedio de poco más de cien casos por año; número similar a las decisiones que tomó por año la Corte Suprema canadiense en la última década;²⁵⁸ el Tribunal Constitucional de España dictó 220 sentencias en 2011.²⁵⁹ Siendo lo cuantitativo un factor relevante para determinar la dimensión de la labor llevada a cabo por un tribunal, la importancia de su rol en la creación y el desarrollo del derecho debe determinarse también —y quizás incluso particularmente— por lo cualitativo. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y su relevancia nacional, así como el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en di-

²⁵⁷ Consulta en la relatoría de la institución.

²⁵⁸ www.scc-csc.gc.ca (17/III/12).

²⁵⁹ Entre recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo. www.tribunalconstitucional.es (15/III/12).

cho examen. De esta forma, la Corte visibilizó muchos problemas sociales, permitiendo así que adquirieran significación política se constituyó un actor importante en el proceso de formación de las políticas públicas.

La Corte Constitucional colombiana ha tomado una serie de decisiones sobre temas abandonados por la política tradicional, por lo cual se ha situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el contenido de sus sentencias (fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad), así como el progresismo que las ha inspirado, constituyen factores de singular importancia en el examen relativo a la novedad del constitucionalismo colombiano.

En su prolífica jurisprudencia, además de legislador negativo decidiendo que determinadas normas promulgadas por el Legislativo no deben hacer parte del ordenamiento jurídico, ha tomado decisiones que han suscitado críticas desde diversos sectores (los gremios, las otras altas cortes, el gobierno, un sector de la academia y columnistas de opinión), pero que al tiempo han hecho a Colombia un país interesante en términos de derecho comparado. Se ha argumentado que la Corte es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos;²⁶⁰ asimismo que supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas en Latinoamérica.²⁶¹

Una muestra representativa la constituyen decisiones sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar, el uso obligatorio del cinturón de seguridad como medida de protección personal, el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad frente a otras normativas, como los manuales de los colegios, el derecho a la libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad ante casos de discriminación por sexo o raza, el reconocimiento de garantías constitucionales a las parejas homosexuales y a las minorías indígenas y raciales, la regulación de los salarios públicos, el reconocimiento del derecho a la consulta previa de comunidades étnicas minoritarias, la interrupción voluntaria del embarazo, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, la permisión condicionada de la eutanasia, la regulación del sistema de financiación pública de vivienda (UPAC), la consideración del sector bancario como servicio público y configuración de un contrato realidad en

²⁶⁰ Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, 2010.

²⁶¹ Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011.

el trabajo sexual, de lo cual se deriva la existencia de relaciones laborales entre el dueño de un burdel y las personas que prestan su servicio.

Sentencias polémicas también han sido aquellas sobre la autonomía de la Corte para modular los efectos de sus providencias, la creación jurisprudencial de derechos fundamentales (mínimo vital), la tutela contra sentencias, la posibilidad de exigir derechos sociales mediante tutela, el respeto de la justicia indígena con un núcleo mínimo de derechos, la obligatoriedad de la doctrina constitucional y la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales en virtud de los cuales la Corte se ha incorporado en el proceso de formación de las políticas públicas, así como aquellas que se han dirigido hacia la regulación financiera de los derechos constitucionales, la disposición de fechas concretas para unificar el seguro de salud, la fundamentación del derecho a la salud como fundamental, la orden de actualizar integralmente el POS garantizando la participación efectiva de la comunidad médica y los usuarios, y el establecimiento de pisos perentorios para salarios y pensiones. Estas cuestiones hubieran sido impensables durante la vigencia de un régimen, institución anterior a los avances enmarcados por el neoconstitucionalismo. La Constitución ha visto ampliado el rango de cuestiones sobre las que tradicionalmente se ocupaba, pues la Corte ha extendido la densidad normativa material que originalmente estructuró la Asamblea Constituyente.

Estos casos constituyen una muestra de la expansión de los contenidos constitucionales materiales que se evidencia, entre otros fenómenos, en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales, la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico y la garantía a todos los derechos y, en particular por la creciente desigualdad, a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado. Además del contenido, fundamentación y enfoque de las sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Aunque la tutela se diseñó para que tuviera en principio solo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada (efectos *inter partes*), la Corte ha otorgado efectos más extensos, abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos (efectos *inter communis*). También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada

por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.²⁶²

A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, más que a la consagración misma de los derechos fundamentales en la Constitución, se debe su aplicación efectiva. Es decir, la consagración de los derechos en el texto constitucional es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido que ha llevado a cabo la Corte Constitucional. No obstante, la transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba su efecto normativo en las acciones de entes públicos y los ciudadanos.

²⁶² Dentro de los casos más polémicos que han involucrado modulación de efectos de sentencias se encuentran aquellas sobre parejas del mismo sexo. Por ejemplo, la expresión “familiar” del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, fue sometida a examen constitucional, y en sentencia C-811 de 2007 se decidió que es constitucional en el entendido que se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo el régimen de protección consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud (POS) del régimen contributivo. En sentencia C-798 de 2008 la Corte moduló el sentido de las expresiones “compañero” y “compañera permanente” en el entendido de que comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Reconoció a miembros de parejas homosexuales el derecho a reclamar medios para la subsistencia tal como el derecho alimentario. En sentencia C-336 de 2008 se declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. Tales expresiones deben significar que las parejas permanentes conformadas por personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Sostuvo la Corte que la Constitución garantiza, en el caso de la pensión de sobreviviente, la posibilidad de reconocer el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, porque “no existe un fundamento razonable para explicar el trato desigual”. Excluir a las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente. El déficit de protección vulnera la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En sentencia C-029 de 2009, la Corte declaró constitucional condicionadamente una serie de normas que creaban beneficios o imponían cargas cuyos destinatarios eran las parejas heterosexuales, mas no las homosexuales. Permitió la protección de los compañeros permanentes del mismo sexo en ámbitos civiles, políticos, penales, sociales, laborales, migratorios y de justicia. Se regularon deberes de estas parejas y se les aplica desde entonces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el régimen de contratación estatal. Considerando que la pareja goza de protección constitucional, independientemente de que se trate de heterosexuales u homosexuales, reiteró la Corte que toda distinción que se origine en la orientación sexual de las personas debe someterse a un examen de proporcionalidad para determinar si la distinción configura o no discriminación. Para un contexto de la discusión, véase Albarracín, Mauricio, “Corte Constitucional y movimientos sociales. El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 14, 2011.

En Colombia los derechos fundamentales tienen eficacia también respecto de terceros. Al someterse a examen constitucional el decreto que reglamenta la tutela (2591 de 1991), la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares sólo respecto de algunos derechos. Al examinar la conformidad con la Constitución de los apartes de su artículo 42, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental.²⁶³ Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular.²⁶⁴

Manuel José Cepeda sintetiza como forma de “redistribución del poder social” uno de los mayores atributos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales,²⁶⁵ ya que la práctica jurisprudencial ha mostrado ser una forma eficaz de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras. En el contexto constitucional anglosajón se ha estudiado la noción de *horizontal effect* y se ha introducido la idea de “privatizar” los efectos de los derechos fundamentales (*privatisation of human rights*).²⁶⁶

El “contenido esencial” de los derechos fundamentales, conforme al cual si bien por no ser absolutos ceden y se pueden restringir en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa a partir de su conformidad constitucional es una figura doctrinaria que se originó en la Ley Fundamental de Alemania, en cuyo artículo 19, inciso 2, se señala que “En ningún caso

²⁶³ Sentencia C-134 de 1994. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos fundamentales que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe.

²⁶⁴ Sentencia T-507 de 1993.

²⁶⁵ Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, cit., pp. 104 y 238.

²⁶⁶ En Colombia no se presentó el debate doctrinario ni el dilema procesal entre modelos en lo relativo a la eficacia horizontal, como aconteció en Alemania y España. La misma Constitución de 1991 al regular la tutela se ocupó de la procedencia de las garantías en casos de violación de derechos fundamentales. Al ser sometido a examen de constitucionalidad el decreto que reglamenta la tutela (2591 de 1991), la Corte declaró inválidas las partes que restringían la procedencia entre particulares sólo respecto de algunos derechos. Al examinar la conformidad con la Constitución de los apartes de su artículo 42, dijo la Corte que la tutela *siempre* procederá contra acciones u omisiones de particulares que estén prestando *cualquier* servicio público y por la violación de *cualquier* derecho constitucional fundamental. Se sostuvo que es un contrasentido por parte del legislador que desconozca los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano al limitar el radio de acción de la tutela, señalando taxativamente los derechos que pueden ser amparados cuando es un particular quien los restringe. Con antelación había señalado la Corte el carácter excepcional de la tutela cuando el destinatario es un particular. *Cf.* sentencias T-507 de 1993 y C-134 de 1994.

un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, y fue receptada en Colombia por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.²⁶⁷ En Alemania y España sus respectivas Constituciones incorporan dicha figura en una cláusula que obliga a su utilización en situaciones de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Por su parte, en Colombia se debe su utilización a la Corte Constitucional,²⁶⁸ que desde sus primeras sentencias recurrió a ella para insistir en que si bien los derechos fundamentales por no ser absolutos pueden ceder y restringirse en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa con su conformidad constitucional.²⁶⁹

Es una de las principales garantías de los derechos fundamentales, en la medida en que configura la parte de indispensable cumplimiento del derecho para que el interés jurídicamente protegido sea efectivamente amparado. Señala así un margen de actuación tanto a los jueces constitucionales y al legislador como a los particulares en ciertas circunstancias, para que el derecho sea reconocible como adecuado al tipo descrito y sin las cuales se le dejaría de adscribirse, lo cual implicaría la desnaturalización del derecho.²⁷⁰ Se constituye entonces en un “límite del límite”²⁷¹ de los derechos y en el contorno indispensable de su protección, jurisprudencialmente definido respecto al bien jurídico protegido, para determinar si en el caso concreto el derecho se cumple o no. Éste fue el sentido del concepto que siguió la Corte, el cual constituye aquello que Peter Häberle denominara “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas”.²⁷²

El diseño del tribunal colombiano, de gran apertura en cuanto a su acceso, permite que sus miembros sean testigos excepcionales de la situación real de los diversos grupos que componen la sociedad: de sus penurias

²⁶⁷ En sus sentencias STC 011/1981 y STC 037/1987.

²⁶⁸ No está pues incorporada en la Constitución. Sólo una norma posterior consagra tal figura. La ley 137 de 1994 “Estatutaria de estados de excepción”, estableció una cláusula de límites a los límites de que pueden ser objeto los derechos fundamentales en casos de conmoción interior, guerra exterior o emergencia.

²⁶⁹ Tal como en las sentencias, T-002 de 1992 y T-426 de 1992.

²⁷⁰ Sentencia T-426 de 1992.

²⁷¹ Clérigo, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, cit.*

²⁷² Citado por la Corte en sentencia T-002 de 1992.

y contrariedades. Los procesos de constitucionalización del derecho han derivado indefectiblemente en que ahora se tenga como un imperativo la legitimidad jurídica del derecho, encuadrada también en la eficacia de las provisiones y las garantías liberales y, fundamentalmente, sociales, debida a los instrumentos consignados en el ordenamiento, los cuales permiten que las provisiones se doten de eficacia para contar con lo que realmente es valioso de una provisión, que no es su mera consagración sino su vigencia real.

La renovación de las prácticas jurisprudenciales está inescindiblemente ligada con la facultad otorgada a los tribunales para crear derechos fundamentales, cuya efectiva implementación en Colombia constituye otra muestra de la influencia y la configuración local de elementos medulares del neoconstitucionalismo trasnacional. La jurisprudencia ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales constitucionales incluyendo derechos fundamentales innominados.

No sólo es primordial que las Constituciones consagren derechos, sino también que los jueces los puedan interpretar de una manera tal que el contenido del derecho, o de varios derechos, pueda ser ligado a un caso no originalmente previsto.²⁷³ A partir de esta figura se ha fortalecido la forma de concretar derechos fundamentales innominados. Se entiende incorporada en el máximo texto la cláusula de derechos innominados, a partir de lo cual se ha derivado la existencia de derechos concretos conforme a una interpretación sistemática de la Constitución y extensiva de los derechos.²⁷⁴

Possee la naturaleza de un derecho fundamental cualquier derecho constitucional orientado a lograr la realización de la dignidad humana, y siempre que sea configurable como derecho subjetivo, ya que guardar la integridad de la Constitución y de las provisiones que consagra implica sobre todo preservar la igual dignidad de todas las personas.²⁷⁵ La Corte ha encontrado dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales, una serie de derechos que ha creado en sentencias hito,²⁷⁶ y que

²⁷³ Aquí se revela la discusión neoconstitucional entre las teorías externa e interna de los derechos fundamentales, ya que se trata de la manera de fijar el contenido mínimo de los derechos por lo que explícitamente prescriben las disposiciones que los establecen o los que se puedan determinar en el caso concreto al contraponer ponderativamente el derecho afectado y el contrario, por lo que resulta justificado imponer una restricción.

²⁷⁴ Dworkin ha analizado la discusión que ha surgido en Estados Unidos por la objeción frecuente debido a que derechos constitucionales que la Corte Suprema ha identificado no están enumerados en la Constitución, sino que fueron creados por los propios magistrados. Consultese su libro *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. III.

²⁷⁵ Sentencia T-859 de 2003.

²⁷⁶ Sobre este concepto en el contexto colombiano, López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006.

ha continuado amparando a partir de la consolidación de subreglas. Tales derechos son: la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

3. Desarrollos teóricos novedosos

Un tercer elemento dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos que contribuyen a crear, además de explicar, el fenómeno jurídico. Ferrajoli señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.²⁷⁷ Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Conforme a la versión neoconstitucionalista sustentada por Pozzolo, se rechazan los modelos eminentemente descriptivos de las normas constitucionales, porque resultan incapaces de proveer razones dentro de la práctica de la decisión judicial.²⁷⁸ Coincidén entonces estas posturas en que la ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo tiene además de la tarea de describir las normas y la normatividad, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí de su reconstrucción.

Los desarrollos de la literatura jurídica en los diversos ámbitos del derecho, pero particularmente del constitucional, que resulta transversal al derecho ordinario, son considerados un elemento de particular relevancia dentro de los fenómenos inéditos en los contextos sociojurídicos. Para Carbonell, un singular conocedor de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales en América Latina, un ejemplo del neoconstitucionalismo iberoamericano lo constituye precisamente la influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional (que, además, “ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina”).

Obras de literatura jurídica como las publicadas por las editoriales Legis y Temis, así como por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de

²⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 33 y ss.

²⁷⁸ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *cit.*

Siglo del Hombre Editores, y las series *Teoría jurídica y filosofía del derecho*, de la Universidad Externado, y *Nuevo pensamiento jurídico y Derecho y sociedad*, de la Universidad de los Andes, han hecho que la comunidad jurídica de habla hispana se enfoque de manera muy importante en las inquietudes intelectuales que actualmente se desarrollan en nuestro país. Si bien los temas son diversos, los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia se pueden ubicar nítidamente en el espectro iusfilosófico y constitucional. Permanecen como cánones las obras de Dworkin, Alexy y Habermas, pero en el último lustro se han ampliado significativamente los temas hacia la sociología jurídica, el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual.²⁷⁹

Además de la calidad analítica y el rigor investigativo de los trabajos que se han publicado, otro mérito de la academia jurídica en el proceso de renovar y sofisticar sus investigaciones consiste en haber emprendido la tarea de contribuir a adaptar (no sólo adoptar) localmente las teorías surgidas en contextos radicalmente distintos (no sólo jurídica, sino social y culturalmente) a los de recepción de teorías. Las doctrinas de amplia circulación transnacional se han puesto a hablar en clave de recepción, honrándolas en sí mismas, pero problematizándolas respecto de los problemas que ocupan y las necesidades que aquejan a las distintas jurisdicciones políticas y sociales. Dicho empeño redonda en aportes cualitativamente superiores al propósito de realizar reconstrucciones teóricas a partir de interpretaciones que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de sus autores, y sin alejarse de sus ambientes socio-culturales y realidades históricas. Sustentar teorías transfiguradas y mutadas por contextos de recepción permite que éstas se constituyan más factiblemente en alternativas sólidas para hacer realizables ideales normativos.

V. NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Constituciones promulgadas en las dos últimas décadas, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, son esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección, han sido

²⁷⁹ Como se observa al consultar por índices y bases de datos (Google scholar, Redalyc y Latindex) respecto de los artículos mayoritariamente publicados en las revistas científicas colombianas.

el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitio que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial.

El neoconstitucionalismo ha tenido influjo sobre todo en los países donde el descontento con las situaciones del presente han cambiado la concepción misma que históricamente se tenía de Constitución, pues de una fundamentalmente orgánica que organiza las instituciones del poder público en sus funciones y competencias, ha habido una transformación hacia otra, que consagra un proyecto de país. Por esta razón, las Constituciones del neoconstitucionalismo se destacan, entre otras características, la consagración de un amplio catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad y la inclusión de derechos sociales, el reconocimiento de las diferencias sociales, políticas y culturales, y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de las sociedades.

El concepto “constitucionalismo aspiracional”²⁸⁰ tiene poder explicativo para nuestro cometido. Este concepto articula la Constitución con el progreso. Explica que las Constituciones en contextos de desigualdad contienen un catálogo de ilusiones que consagran un proyecto de país a largo plazo. En este sentido, prospera en contextos donde existe inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Por su cometido igualitario y por el principio de efectividad real de las normas, en lugar de meramente programática, para el neoconstitucionalismo lo importante es procurar la efectividad fáctica, y no sólo jurídica, de la normativa constitucional, tal como aquella que consagra principios y derechos.

Debido a la relación fácilmente identificable entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo aspiracional, la creación y el desarrollo del

²⁸⁰ García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, número monográfico: “Colombia: pasado, presente y futuro”, año 15, núm. 29, enero-julio de 2013.

derecho exige mucho más que la labor del Congreso expidiendo leyes, y de la Corte Constitucional estableciendo subreglas jurisprudenciales. Primero un fuerte 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.

La disociación entre un constitucionalismo aspiracional y una realidad marcada por la pobreza, la desigualdad, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representatividad política real del grueso de la población, solo se puede reducir al promover la aplicación efectiva de las provisiones constitucionales de una forma concertada entre los organismos públicos y las instituciones. La amenaza que se cierne sobre la posibilidad de realizar un verdadero cambio social desde el constitucionalismo, de conseguir mayores grados de justicia social desde el derecho, puede enfrentarse con amplios y sólidos apoyos políticos a la Constitución y los tribunales encargados de resguardar su integridad y supremacía, pues sin un compromiso social por sus instituciones se corre el flagrante riesgo de que sean neutralizadas por mayorías, y de que sufran reformas que alteren su real naturaleza de realización de los derechos.

El neoconstitucionalismo en países como los latinoamericanos señala rumbos de acción política y consagra un proyecto de país, por lo cual se relaciona con la idea de un constitucionalismo aspiracional. A su vez, el desarrollo de este constitucionalismo no puede radicar exclusivamente en el Poder Judicial, sino que debe responder a una vigorosa movilización política, como indica el constitucionalismo democrático. Las decisiones judiciales son importantes, pero no tanto. La opinión pública debe organizarse para ejercer un poder en la configuración del derecho constitucional, e igualmente las cortes deben ser sensibles o receptivas a las opiniones constitucionales de la ciudadanía organizada.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo democrático se establece debido al principal desafío del neoconstitucionalismo,²⁸¹ como es la utilización del amplio catálogo de derechos y principios constitucionales por parte del Poder Judicial, y en particular de la jurisdicción ordinaria en su uso en todo proceso, debido en parte al carácter vinculante de los derechos y a la fuerza normativa de la Constitución. Mucho puede lograrse sin duda con una buena Constitución, pero poco puede alcanzarse realmente sin la política. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que

²⁸¹ Así identifica Prieto Sanchís el principal desafío del neoconstitucionalismo frente al Estado legislativo de derecho. Véase su libro *El constitucionalismo de los derechos*, cit., cap. I.

el diálogo constitucional sea fluido y constante. Quienes suscriben y defienden el neoconstitucionalismo en el marco de países con Constituciones aspiracionales, deben suscribir el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama, que no es una casa que hay que construir, sino una conversación que hay que mantener. Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de los casos difíciles, y en general en la labor de adjudicación constitucional. Es necesario que el texto constitucional se conciba como un proceso falible, abierto, en construcción.²⁸² Un proceso que debe ser refrendado popularmente con el apoyo y la crítica.

El neoconstitucionalismo en el marco de países con Constituciones aspiracionales exige un cambio en la cultura política relativo a la forma de realizar el cometido de las provisiones constitucionales, que no sólo reafirme un fetichismo al convertir cualquier aspiración social en norma jurídica, sino al conscientizar al pueblo de que el logro de los fines constitucionales comporta la consolidación de los procesos políticos. El neoconstitucionalismo debe adoptar entonces una forma de constitucionalismo democrático, conforme ha sido defendido por una fuerte tendencia que desde 2000 surgió como contrapeso al proyecto republicano de influenciar desde varios frentes la configuración del significado del derecho constitucional con un fuerte contenido conservador.

Al constitucionalismo democrático le interesa tanto cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas como proponer un tipo de rol judicial, que si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la Constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de diversas interacciones: el gobierno, el congreso, el tribunal que conoce los asuntos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales y los partidos políticos, tienen conjuntamente la responsabilidad, no solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias, porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante.

²⁸² Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Revista Foro*, núm. 12, Bogotá, 1990, así como *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

En países como Colombia, donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y valores) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial, tiene particular importancia este punto que reivindica el constitucionalismo democrático, pues pareciera que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional, y que, entonces, el progreso social se puede alcanzar ante la sede judicial y sin responder a la movilización política.²⁸³

²⁸³ Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, ed. acad. y trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

CAPÍTULO TERCERO

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? LA DEFENSA DEL DELIBERATIVISMO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

I. LA CONFIGURACIÓN DEMOCRÁTICA DEL CONSTITUCIONALISMO

El “constitucionalismo democrático” (*“Democratic Constitutionalism”*) hace parte de uno de los desarrollos teórico-políticos más importantes en el constitucionalismo estadounidense de los últimos veinte años.²⁸⁴ Surge con la pretensión de reorientar el destino del constitucionalismo luego del viraje conservador y retardatario que tuvo a partir del gobierno Reagan (1981-1989). Académicos progresistas, dentro de los que se encuentran Robert Post (Yale), Reva Siegel (Yale), Mark Tushnet (Harvard), Larry Kramer (Stanford) y Jack Balkin (Yale), al evidenciar el avance y los éxitos conseguidos por la agenda política conservadora en las maneras prevalentes de interpretar y configurar el derecho constitucional, tomaron una postura más proactiva a este respecto.

El constitucionalismo democrático aborda una cuestión de acuciante vigencia en el contexto de la práctica del derecho constitucional estadounidense, pero que está en capacidad de rendir importantes efectos teóricos, doctrinarios, pedagógicos y jurisprudenciales en distintos contextos iberoamericanos, en los cuales pareciera, por un lado, respecto del Poder Judicial, que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional y, por otro, respecto de la sociedad civil, que el progreso social se puede alcanzar fundamentalmente ante la sede judicial y sin responder a la movilización política.

La expresión que denomina al movimiento está integrada por los conceptos “constitucionalismo” y “democrático”. Representa por lo tanto dos ideas cardinales en la discusión pública occidental desde el fin del fascismo

²⁸⁴ Dentro de las obras representativas del movimiento se destaca Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

cuando se asistió a un cambio de paradigma en la concepción de los derechos, de la democracia y del contenido mismo del constitucionalismo. En virtud de estas nociones, las principales instituciones del poder público y las organizaciones ciudadanas tienen un rol esencial que desempeñar en la interpretación y configuración del derecho constitucional, en general, y en la garantía de la Constitución, en particular.

El gobierno, el congreso y el tribunal que conoce de los asuntos constitucionales tienen la responsabilidad conjunta de hacer cumplir las provisiones iusfundamentales establecidas en la norma que cuenta con la máxima validez formal, porque ocupa la cúspide de la pirámide normativa en los países que optaron por el constitucionalismo como forma de organización jurídico-política. Si el derecho constitucional se enfoca exclusivamente desde la perspectiva de los tribunales, se tiende a perder de vista este aspecto, así como el hecho de que su legitimidad democrática radica, de modo fundamental, en que las sentencias surgen no sólo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el Poder Judicial y las otras ramas del poder público, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación y el Poder Judicial en conjunto.²⁸⁵ A estos escenarios se les debe prestar atención al momento de proferir sentencias ambiciosas o que ejerzan un considerable impacto social. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que el diálogo constitucional sea fluido y constante.

El constitucionalismo democrático, como su antecesor, el constitucionalismo popular, no es una teoría en sentido estricto. Es una concepción general o una idea amplia²⁸⁶ según la cual las altas cortes deben tener capacidades para reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos, con el fin de configurar de manera conjunta el significado del derecho constitucional mediante un diálogo constructivo. Al constitucionalismo democrático no sólo le interesa cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas;

²⁸⁵ Sobre la relación entre la legitimación democrática y la necesidad de las personas de poder expresarse, así como sobre la “experiencia del Estado como receptiva a sus propios valores e ideas”, véase Post, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, núm. 95, 1997; “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political & Social Science*, vol. 603, núm. 1, 2006.

²⁸⁶ Kramer, Larry, «“The Interest of the Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy», *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007.

también le interesa proponer un tipo de rol judicial, que si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la Constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de interacciones que surgen de una perspectiva dialógica o deliberativa.

Dentro de la academia jurídica sólo recientemente han tomado real importancia las interpretaciones, los argumentos y las discusiones constitucionales, así como las expresiones críticas y propositivas que sobre el contenido del derecho constitucional tienen los ciudadanos por fuera de las cortes. Estas resignificaciones y refiguraciones en el derecho constitucional también ejercen influencia en su significado dentro de las cortes. La Constitución, y el derecho constitucional en general, tienen una existencia que trasciende los muros de los tribunales. Las posiciones que se adoptan respecto del significado de determinada norma ante un nuevo y polémico caso (si la igualdad ampara a los afrodescendientes de ciertas discriminaciones o si el tipo actual de matrimonio debe ser o no ampliado para incluir a los homosexuales, por ejemplo), suscitan discusiones, que son las que al final dotan al resultado, al fallo, de la legitimidad, que no sólo es necesaria para que la decisión sea bien recibida por la comunidad, sino también para su efectividad.

El progresismo por el que aboga el constitucionalismo democrático es dialógico. Si bien los tribunales tienden puentes entre la normativa constitucional y la realidad social, deben hacerlo conscientes de la importancia de dicha interacción. La forma más adecuada como los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes en un extenso diálogo, en virtud del cual responden no sólo al Estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así a la incorporación de tales valores al derecho. En una sociedad democrática, caracterizada por un pluralismo de visiones del buen vivir desde lo religioso, cultural, político y social, los tribunales deben desarrollar actualmente muchos de los fines que persiguió la Corte Warren (1953-1969) en cuanto a los derechos a la igualdad, la justicia social y la acción afirmativa, pero a partir de una jurisprudencia menos centrada en sí misma y más en conexión con movimientos políticos progresistas.

La posibilidad permanente de contribuir a configurar su significado permite comprender por qué permanecen fieles a la Constitución los ciudadanos cuyas perspectivas sobre el derecho no son las que imperan. El constitucionalismo democrático otorga herramientas para comprender las maneras como la constitución inspira lealtad a pesar del intenso desacuerdo sobre

su significado.²⁸⁷ El pluralismo, como uno de los valores propios y distintivos de las sociedades democráticas contemporáneas, se reivindica permanentemente al considerar abierto el pacto constitucional.²⁸⁸ Quienes defienden el constitucionalismo democrático suscribirían el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama,²⁸⁹ a saber: que no es una casa que hay que construir, sino una conversación que hay que mantener.

Los liberales defensores de una configuración progresista del derecho constitucional deben sofisticar sus análisis y sus apologías al rol y a la importancia de los tribunales en las democracias constitucionales. Deben sobre todo tomar conciencia de que la influencia efectiva que puedan llegar a ejercer en la configuración del derecho constitucional también les exige un activo involucramiento en la acción política, tal como hicieron los republicanos durante el gobierno de Reagan, en el diseño de sus programas electorales, en la apelación a la opinión pública y en el apoyo electoral a candidatos a corporaciones públicas (presidente, congresistas...), cuyas perspectivas morales y jurídicas concuerden con las suyas.

Si bien cuando las cortes elevan a rango constitucional un determinado derecho ello implica que se le reduce en alguna medida el margen de acción al Legislativo en la configuración de la naturaleza o la estructura del derecho, aquéllas pueden de igual forma trasformar la política al motivar a las partes en contienda para que dediquen tiempo y esfuerzo a la movilización política con miras a defender determinada interpretación constitucional. Esta idea parte de concebir, en contra de las perspectivas originalistas de la interpretación constitucional, al derecho como un organismo viviente.²⁹⁰ La Corte Constitucional Colombiana ha hecho referencia a la doctrina del “constitucionalismo vivo” cuando ha suscrito la concepción conforme a la cual independientemente de las intenciones subjetivas de los gestores de una ley, lo cierto es que las normas, una vez dictadas, se independizan del querer de sus autores.²⁹¹

²⁸⁷ “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* 1027, 2004; vers. cast. de Leonardo García J., en Post Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

²⁸⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

²⁸⁹ Obama, Barack, *The Audacity of Hope*, Random House-Crown Publishers, 2006.

²⁹⁰ Dice Waluchow que las Constituciones son mucho más que un texto escrito, pudiendo llegar a ser concebidas como entidades vivas, ya que pueden crecer y se les debe permitir hacerlo para acomodarse a las circunstancias cambiantes. Waluchow, Will, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, Madrid, Marcial Pons, 2009. Véase también, Strauss, David, *The Living Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

²⁹¹ En sentencias como la T-001 de 1992, retomada en sentencias como la C-152 de 2003. Una interpretación típicamente originalista es la del magistrado Scalia cuando afirma que

En este contexto, se ha utilizado una falsa dicotomía para caracterizar a quienes defienden el progresismo constitucional.²⁹² Los constitucionalistas deben ser presuntamente anti-Corte o prosustantividad judicial. Post y Siegel argumentan en cambio que toda posición progresista que se enmarque en un garantismo constitucional entraña un compromiso simultáneo con valores particulares y con arreglos institucionales que los protejan en la práctica. Los partidarios del constitucionalismo democrático afirman la importancia de que el Poder Judicial resguarde el carácter indisociable entre la democracia política y los derechos fundamentales, y de que los derechos puedan ser garantizados por vía judicial, pero insisten en que no hay una única sede en el proceso de garantizar los derechos y de interpretar la Constitución, y que mucho menos esa sede la representan las altas cortes del Poder Judicial.

El movimiento no sólo tiene pretensiones descriptivas, sino también prescriptivas. No sólo examina cómo la comprensión popular del derecho constitucional afecta o influye en realidad sobre sus significados y sobre sus contenidos definitivos. Interesa observar cómo los movimientos sociales y políticos, así como los debates públicos sobre la interpretación de la Constitución que se desarrollan por fuera de las cortes terminan teniendo influencia en el significado que dentro de las cortes se le otorga a la Constitución. Pero interesa sobre todo defender que los ciudadanos deben tener un rol más activo políticamente en los distintos contextos en los cuales se configura el contenido del derecho constitucional.

Tiene asimismo un componente crítico, que resulta particularmente relevante para la discusión constitucional latinoamericana. El Poder Judicial no ha sido en general objeto de críticas por parte de la academia jurídica en los países de la región, la cual se ha abocado, en cambio, casi de manera exclusiva, a criticar los poderes Ejecutivo y Legislativo por sus excesos de poder y sus problemas de corrupción, ineficiencia y carencia de representa-

la Constitución de los Estados Unidos no prohíbe la discriminación sexual ni la segregación racial. La enmienda decimocuarta garantiza el debido proceso y la igual protección, pero en la actualidad ha sido interpretada de forma tal que se ha extendido la protección hacia los casos de discriminación sexual y segregación racial. Scalia objeta esta interpretación extensiva, porque la enmienda se promulgó después de la Guerra Civil en 1868, y esa protección no era la que se pretendía en ese momento por parte de quienes la redactaron. Esta objeción hacia el significado de la enmienda no implica que Scalia defienda la discriminación o la segregación, sino que a su juicio es a través de leyes y no de resignificaciones constitucionales como se deben prohibir las diversas formas de discriminación.

²⁹² Tal como hace David Barron en “What’s Wrong with Conservative Constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the Choice They Present”, *1 Harvard Law & Policy Review*, 2006.

tividad real del grueso de la población. Es poco conveniente que los doctrinantes del derecho constitucional tengan una deferencia en muchos sentidos acrítica hacia las altas cortes, y Post y Siegel enfatizan las implicaciones que ello tiene para la interpretación colectiva del derecho constitucional.

II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y LOS LÍMITES A LA ACCIÓN POLÍTICA

La idea de un constitucionalismo democrático tiene relación directa tanto con la implantación de democracias constitucionales como con la constitucionalización de los sistemas jurídicos que, con diferencias contextuales, se ha venido llevando a cabo en las dos últimas décadas en varios países latinoamericanos. Dentro de los principios esenciales que sustenta la concepción de la democracia constitucional, y en concreto la fórmula política del Estado social y democrático de derecho,²⁹³ se destacan además del reconocimiento a la máxima validez normativa de los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad, el respeto por las reglas de juego electoral con la posibilidad real de alternancia en el poder, la salvaguarda del pluralismo político, el sistema de frenos y contrapesos, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio y una colaboración armónica para la realización de los fines estatales. Por mayoritarias que sean las medidas políticas, si exceden estos principios que constituyen los diques por donde debe fluir el poder político con toda su fuerza, la medida debe ser invalidada por el Poder Judicial, así se lo juzgue como elitista y “antidemocrático”.

²⁹³ En América Latina, luego de los intensos procesos de reforma que vivieron varios países a partir de la década de 1980, se receptó la fórmula, de manera casi invariable respecto del contexto europeo, del Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad de la persona, y cuya soberanía radica en el pueblo. Así, Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1), Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2), Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (artículo 1) y Bolivia se constituye como Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (artículo 1). Aunque la Constitución de Perú no adscribe formalmente al modelo ideológico del Estado social de derecho, el artículo 3 consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Aunque surge una cuestión, discutible en principio, sobre la necesaria prevalencia de las opiniones constitucionales de los magistrados sobre las del pueblo, la presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar sin limitaciones a su voluntad se desestima, porque en las democracias latinoamericanas no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino pequeños pero poderosos grupos, y porque incluso si así fuera el propósito de las declaraciones de derechos que se incluyeron en las Constituciones luego de la segunda posguerra fue precisamente retirar ciertas cuestiones de las vicisitudes de la coyuntura política. Madison sostenía que el “trono de la razón” debe estar resguardado de “pasiones mayoritarias”. Una de las condiciones necesarias para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales tiene que ver con la debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces constitucionales y el legislador como representante de la voluntad popular. Los principales problemas de justificación del constitucionalismo surgen al asumir el valor de la democracia y reconocer el principio mayoritario como uno de sus elementos.

Debido a que en los Estados Unidos rige la Constitución más antigua del planeta, promulgada en 1787, y a que su sistema de fuentes está basado en los precedentes judiciales, el ordenamiento constitucional puede tender fácilmente a convertirse en juriscéntrico. La Corte Suprema debe solucionar en la actualidad casos complejos a partir de un insumo básico, a saber: los siete artículos de la Constitución y sus veintisiete enmiendas —sobre todo las diez primeras, que constituyen el catálogo de derechos, las cuales fueron aprobadas en 1791—. Debe por tanto configurar constantemente una normativa para una realidad muy diferente de aquella para la cual fue promulgada. Al decir de Lawrence Sager: “Una constitución en sí misma sólo es un pedazo de papel. Lo interesante de una constitución es lo que se hace con ella”.²⁹⁴ Una pregunta de cardinal importancia en el movimiento es: ¿cómo podemos entender a la Constitución como algo que es al tiempo duradero y estable, pero no obstante cambiante?²⁹⁵

Un rasgo significativo de la política en América Latina en las últimas dos décadas ha sido su judicialización, la cual ha otorgado particular e inédito protagonismo al Poder Judicial. Ha acontecido un creciente protagonismo de las altas cortes en temas políticos, ya que muchos asuntos que tradicionalmente eran decididos por medios políticos, y que se consideraban propios de la arena política, son ahora decididos por los jueces. Las altas

²⁹⁴ Sager, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004.

²⁹⁵ Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, cit.

cortes locales y los tribunales internacionales de justicia, edifican márgenes de configuración constitucional desde la protección de los derechos fundamentales y crean controles de distintas intensidades para el ejercicio de la función pública. La constitucionalización del derecho ha derivado en una progresiva judicialización de la política, porque cuando los derechos y principios irradian íntegramente la estructura del poder público debido al deber de interpretar toda la normativa conforme a la Constitución, se limita la soberanía del legislador y de los parlamentos y se obliga a todas las instituciones a seguir los dictados constitucionales.²⁹⁶ Respecto de cómo ha sido en Colombia,²⁹⁷ en México, Ecuador y Chile la judicialización de la política ha sido débil. Además de la intensidad difieren los procesos de judicialización en la forma, pues en Colombia ha sido sobre todo trabajo de la Corte Constitucional en general, y de la Corte Suprema de Justicia en los casos de investigación y juzgamiento de congresistas o de examen a la legalidad de solicitudes de extradiciones, mientras que en Brasil ha sido el Poder Judicial en general o en Argentina ha habido un importante papel de la ciudadanía que se manifiesta en paros y marchas.²⁹⁸

Los jueces, al llevar la Constitución por cuenta de su naturaleza normativa a todas las áreas del derecho, han influenciado de manera directa las relaciones políticas. Adicionalmente, por la desidia de los congresos y los gobiernos en cuanto al amparo de derechos fundamentales, sobre todo de las minorías (mujeres, homosexuales, discapacitados, presos, entre otros), las cortes han debido proferir decisiones garantistas y progresistas que han tenido un impacto político y cultural e incluso fiscal, por lo cual se han agregado nuevas y complejas variables a la discusión constitucional latinoamericana. Las preguntas en este punto que vincula el constitucionalismo democrático son: ¿cuál es la función que las altas cortes le deben prestar a la ciudadanía? ¿Resulta al respecto relevante la consideración de que sus magistrados no son elegidos sino nombrados? ¿En qué institución del poder público radica la sede de la voluntad general? ¿Cuáles restricciones, si es que hay algunas, son admisibles en la configuración de la voluntad general en una democracia constitucional? Si la independencia judicial es un pilar de la democracia

²⁹⁶ Robinson, James, autor del libro *Por qué fracasan las naciones*, se pregunta: “¿Qué otro país de América Latina habría sacado a Uribe del poder?”. Entrevista a la revista *Semana*, octubre 8 de 2013.

²⁹⁷ Cepeda, José Manuel, “La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo”, en Sieder, Rachel *et al.* (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

²⁹⁸ Sieder, Rachel *et al.* (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, cit. La judicialización de la política no siempre tiene efectos positivos, pues en Venezuela, por ejemplo, se ha asociado a la politización de la justicia.

¿cuál debe ser el grado de deferencia, si es que debe haber alguno, de las altas cortes hacia el pueblo?

Tras estas cuestiones están presentes temas propios no sólo del constitucionalismo, sino del estudio científico de la política, campos en cuya área de intersección se ubica el constitucionalismo democrático. Un problema central en estos campos es el rol de los tribunales constitucionales ante dos tipos de situaciones: las normas proferidas por el congreso que vulneran principios constitucionales, y el déficit amplio y generalizado en la garantía de derechos fundamentales que fuerza a las cortes a adoptar un rol progresista en el diseño de remedios institucionales que contribuyan a solucionar dichas violaciones, lo cual termina necesariamente por ensanchar jurisprudencialmente el contenido normativo de la propia Constitución. Una de las principales características de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados es la ampliación de la densidad normativa material de la Constitución por cuenta de las sentencias que en la resolución de casos concretos interpretan y concretan los principios y derechos constitucionales a partir de lo cual se constituyen subreglas jurisprudenciales, que a su vez crean una red de precedentes con los cuales, fundamentalmente, las altas cortes contribuyen en el proceso de la creación y el desarrollo del derecho.

Se han presentado varias objeciones a estas situaciones por no ser democráticas o por ser incluso antidemocráticas. No es este claramente el lugar para su repaso, pero interesa enfatizar que debido a los márgenes constitucionales que tienen las democracias contemporáneas, una institución debe asumir el rol de controlar que las mayorías respeten el pacto constitucional. La idea de democracia constitucional preceptúa sobre todo que una democracia no es un régimen que se basa en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras a la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La democracia, desde que se dejó de pensar sólo en la configuración de la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales la posibilidad de que las distintas facciones puedan llegar a tener juego dentro de la institucionalidad.

III. ¿QUIÉN TIENE LA ÚLTIMA (O LA ÚNICA) PALABRA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

El constitucionalismo democrático no adscribe a las concepciones populista ni agregativa de la democracia, para las cuales las mayorías deben tener la última palabra en la configuración de las políticas, ni rechaza la revisión judi-

cial de constitucionalidad. No objeta la posibilidad de que los jueces ejerzan un poder considerable al controlar la conformidad con la constitución de las leyes expedidas por el congreso y, en general, de los actos de los poderes públicos, garantizando así no sólo la integridad y supremacía del texto fundamental, sino también la vinculación de los organismos estatales a los derechos fundamentales. Sin embargo, Post y Siegel introducen y enfatizan la distinción entre control judicial de constitucionalidad y supremacía judicial; entre la posibilidad de que un tribunal tenga la *última* palabra y la posibilidad de que tenga la *única* palabra.

Kramer aborda la distinción entre la supremacía judicial y la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, las cuales por décadas tendieron a considerarse dos caras de la misma moneda, debido sobre todo a la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), que fundamentó primeramente la facultad judicial para revisar la conformidad constitucional de las leyes y los actos del Ejecutivo.²⁹⁹ Una de las principales características del sistema jurídico estadounidense es la *Judicial Review*, extendida ya en los países en los cuales se promulgaron democracias constitucionales, que consiste en la facultad judicial para revisar la conformidad con la Constitución de las normas expedidas por el Congreso y el gobierno, pudiendo por tanto declararlas inválidas o sometiendo su interpretación a un sentido determinado. En *Marbury* se instruyó la posibilidad de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución.

En el caso que resolvió dicha sentencia,³⁰⁰ William Marbury demandó a James Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, porque no obstante haber sido nombrado juez federal por John Adams, entonces presidente, pero no reelegido, a Marbury no se le confirmó el nombramiento. Jefferson no confirmó éste ni otros nombramientos a cargos judiciales, porque Adams los había hecho con premura antes de retirarse del cargo para conservar algo de poder una vez fuera de la presidencia. Marbury acudió directamente a la Corte Suprema solicitándole un auto de “*mandamus*”, que obliga a los funcionarios a cumplir las obligaciones que les impone la ley, para que se le ordenara al secretario Madison realizar el nombramiento correspondiente. Marbury apoyó su demanda a la ley del Poder Judicial (*Judiciary act*) promulgado por el Congreso de la Unión en 1789.

²⁹⁹ Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁰⁰ Entre una numerosa bibliografía, consúltese Clinton, Robert L., “*Marbury vs. Madison*” and *judicial review*, University Press of Kansas, 1989; Van Alstyne, William W., “A Critical Guide to *Marbury vs. Madison*”, *Duke Law Journal* 1, 1969; Nelson, William E., *Marbury v. Madison: The origins and legacy of judicial review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000.

El presidente de la Corte Suprema, John Marshall, argumentó como fundamento de la decisión que aunque el nombramiento reunía los requisitos legales y Marbury efectivamente tenía el derecho a reclamarlo, la Corte no tenía competencia para ordenarlo, y no reconoció por tanto la pretensión de Marbury. La Constitución establece que, salvo en casos determinados, la Corte sólo es una instancia de apelación, y este caso no figuraba entre aquellos enumerados taxativamente como de su competencia original.³⁰¹

Sin embargo, la ley del Poder Judicial (*Judiciary act*) debía ser considerado para ese caso concreto como una norma inconstitucional y, por unanimidad, la Corte descartó la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución. La Corte adquirió la competencia para declarar inválidas normas que se interpretaran contrarias a la Constitución. “El juramento no podía cumplirse de otra manera”. El magistrado Marshall estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que la rama judicial tiene la competencia para “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional era una consecuencia necesaria del cometido de mantener la vigencia de la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre la interpretación política de la Constitución. Se salvaguarda la propia Constitución por parte de la jurisdicción de cada estado y la Constitución federal contra las leyes estatales.

Se dice en la sentencia:

Si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de tal manera que la Corte debe decidir el caso conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si, entonces, las cortes deben vigilar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso.

Más adelante se sostiene que

Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables. Quienes niegan el principio de que el tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven re-

³⁰¹ El primer ejemplo de la exclusiva sujeción de la Corte a las facultades que le otorga la Constitución para resolver casos específicos se encuentra en la negación del primer *Chief Justice*, John Jay, a dar un concepto solicitado por el presidente George Washington sobre las implicaciones constitucionales de un proyecto sobre política exterior.

ducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley.³⁰²

Además de establecer y fundamentar dicha facultad judicial, el fallo ubicó la perspectiva del magistrado Marshall sobre la del presidente Jefferson, actuando así como un verdadero poder político del Estado. Casi simultáneamente surgió la perspectiva departamentalista según la cual la supremacía judicial es relativa y débese mediar con las otras ramas del público en la aplicación de la Constitución. Ninguna de las ramas del poder, ni la judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado definitivo de la Constitución. La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa mas no autoritaria; es decir, constituye una de las voces, y no la única ni necesariamente la principal, en el intenso diálogo del cual debe surgir en últimas el significado del derecho constitucional, que encuentra entonces su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales. Respecto de su superioridad jerárquica, en varios casos la Corte Suprema se ha visto abocada a definir y reafirmar la supremacía del Poder Judicial, y suya en particular, respecto de su poder último en materia jurisdiccional. En *Martin vs. Hunter's Lessee* (14 U.S. 304, 1816), la Corte sentó por primera vez un precedente en el cual reafirmó no sólo en este caso sino en general su autoridad definitiva sobre las cortes supremas estatales, no obstante tratarse de un país integrado por estados con márgenes significativos de independencia, en asuntos de derecho federal.³⁰³

Casi simultáneamente al fallo Marbury surgió la perspectiva departamentalista, según la cual podría decirse que tanto en los sistemas de corte suprema, que conoce de asuntos constitucionales, como en los sistemas de corte constitucional independiente, la supremacía judicial es relativa, y debe mediarse con las otras ramas del poder público en la aplicación de la normativa constitucional. Ninguna de las ramas del poder, incluyendo la Judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado definitivo de la Constitución. La interpretación constitucional por parte de las altas cortes es autoritativa, mas no autoritaria; es decir, constituye una de las voces, no la única ni necesariamente la principal, en el diálogo del cual debe surgir en última instancia dicho significado, que encuentra entonces también su legitimidad en la cultura constitucional de los actores no judiciales.

³⁰² *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137, 1803, trad. propia. Énfasis añadidos.

³⁰³ Posteriormente, en materia de interpretación en particular, profirió la sentencia *Cooper vs. Aaron* (358 U.S. 1, 18, 1958), donde confirió a su jurisprudencia carácter vinculante a este respecto y en caso de control de constitucionalidad.

No hay razón, además de la normativa orgánica que la ubica como un tribunal de cierre jurisdiccional, que sustente el hecho de que los juicios que las cortes hacen sobre la interpretación constitucional deban situarse necesariamente por sobre los juicios de los otros actores jurídicos y políticos. En la actualidad no se venera con la misma solemnidad la sabiduría que antes se predicaba de los magistrados, en parte porque, como afirman Balkin y Levinson respecto del contexto estadounidense —cómoadamente trasladable al latinoamericano—, la mayoría de las veces las sentencias son redactadas por auxiliares recién egresados de las facultades de derecho. Incluso se ha sostenido que los pronunciamientos de la Corte Suprema no son en todos los casos interpretaciones autorizadas del más genuino significado de la Constitución.³⁰⁴

Los tribunales no deben tener la última (y, en todo caso, nunca la única) palabra en cuestiones de interpretación constitucional, máxime ante casos complejos de progreso social. En una democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no hablan con los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.

Larry Kramer ha llegado a afirmar respecto de la Corte Suprema Estadounidense algo que para muchos es traslapable al contexto de la Corte Constitucional colombiana, y es que se trata de “una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una competencia suprema y su supremacía es un indeseable elemento aristocrático que vulnera el sistema democrático. Si la Constitución ha sido creada por el pueblo entonces el pueblo mismo y no la Corte es el que debería tener la supremacía para interpretarla”.³⁰⁵ Para que el constitucionalismo tenga éxito en un contexto de progresismo judicial, debe ser democráticamente legítimo, tiene que reflejar nuestros valores y la forma en la cual entendemos sus profundos significados. A través de las movilizaciones sociales y de la expresión de las posiciones políticas por parte de grupos no institucionales, las personas

³⁰⁴ Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 9-53; Paulsen, Michael S., “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is”, *Georgia Law Review*, 217, 1994, pp. 217 y 220-222.

³⁰⁵ Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, cit. Han planteado influyentes críticas similares: Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006; Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.

realizan demandas concretas sobre lo que esperan que sea constitucionalmente amparado o prohibido, sobre la validez que legisladores y jueces deben darle a un significado particular de la Constitución, y sobre los cambios que debe tener el derecho constitucional para responder a un mundo interconectado y en permanente cambio.³⁰⁶

IV. LOS TRIBUNALES Y LA OPINIÓN PÚBLICA

Post y Siegel enfatizan la paradoja en virtud de la cual la posibilidad de desacuerdos sobre el significado de la Constitución, debido al reconocimiento del pluralismo como un valor esencial en las democracias contemporáneas, es la que mantiene su autoridad, toda vez que permite a las personas de convicciones y concepciones diferentes observarla como si expresara sus compromisos más fundamentales y considerarla asimismo como la norma fundamental del sistema jurídico, a pesar incluso de que determinada interpretación oficial pueda diferir de la suya propia. El constitucionalismo democrático es un modelo de análisis de las prácticas y las comprensiones mediante las cuales los derechos constitucionales han sido históricamente establecidos en el contexto de una controversia cultural.³⁰⁷ El desacuerdo interpretativo es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional. La autoridad misma de la Constitución radica tanto en su sensibilidad hacia las instituciones democráticas y los movimientos sociales como en su legitimidad en tanto norma que a la vez goza de la máxima validez jurídica y cuenta entre sus atributos con una naturaleza vinculante.³⁰⁸

Los tribunales reflejan, pero también construyen opinión pública. La política puede ser demasiado contenciosa y compleja para ser captada por encuestas de opinión o por alguna noción de consenso con la cual puedan corresponderse las decisiones judiciales.³⁰⁹ Los ciudadanos presentan afirmaciones y reclamos sobre el significado de la Constitución y realizan actos políticos de diverso tipo (protestas frente a las cortes o el congreso, mítines, marchas en las calles, reuniones ideológicas, difusión de comunicados, even-

³⁰⁶ Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *42 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 373, 2007; vers. cast. de Leonardo García J., Post Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, *cit.*

³⁰⁷ Post, Robert, “Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity”, *Australian Journal of Legal Philosophy* 185, 2000.

³⁰⁸ Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *cit.*

³⁰⁹ *Idem.*

tos académicos, envío de cartas a los medios, etcétera) cuando estiman que sus concepciones no están siendo respetadas o que determinada concepción que objetan se está volviendo paradigmática. Las reacciones vehementes de la ciudadanía hacia determinadas decisiones judiciales han sido consideradas en algunos casos amenazas a la legitimidad democrática de la constitución. El constitucionalismo democrático, por el contrario, considera que los diversos actos políticos en los cuales se plantean objeciones ciudadanas a las formas judiciales de interpretar y aplicar la Constitución, en lugar de socavar su legitimidad, contribuyen a su reforzamiento. Las polémicas que surgen ante fallos judiciales de los que se discrepan podrían tener efectos positivos para el sistema constitucional, ya que llevan a los inconformes a involucrarse en la dinámica política.

Pareciera que la heterogeneidad cultural, que se ha convertido en un rasgo particularmente distintivo de la política contemporánea, pondera de modo considerable los valores que desafian precisamente la unidad necesaria en una comunidad para alcanzar un exitoso constitucionalismo democrático. Post insiste en que se debe explorarse la forma en la cual la diversidad cultural armoniza con un tipo de constitucionalismo que reconoce la importancia del pluralismo característico de las sociedades democráticas.³¹⁰ La cuestión acerca de cómo un Estado democrático debe promover la diversidad cultural aparece entonces como central en el ámbito de las constituciones fuertemente sustantivas, en las cuales no es posible establecer a priori una jerarquía entre los valores, principios y derechos que protegen, y en casos concretos muchas veces colisionan entre sí de manera radical. Para contar con mayor legitimidad, las interpretaciones que las cortes realizan del derecho constitucional deben descender del podio donde tradicionalmente se han ubicado. Los jueces deben interpretar la Constitución de manera tal que, respetando el principio de legalidad, el Estado de derecho, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, le resulte claro al pueblo que su voluntad democrática también está siendo considerada dentro del razonamiento de la decisión.³¹¹

Balkin y Levinson identifican en los cánones del derecho constitucional contemporáneo un “canon pedagógico” que corresponde al conjunto de casos y materiales jurídicos que se enseñan tradicionalmente en las facultades de derecho.³¹² La objeción a un enfoque indebido por restringido hacia las sentencias de las altas cortes implica, también para el contexto latinoame-

³¹⁰ Post, Robert, “Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity”, *cit.*

³¹¹ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *75 Fordham Law Review*, 2006.

³¹² Los otros son los cánones de “cultura general” y de “teoría académica”.

ricano, que la estructura y el contenido de lo que se enseña como canónico dentro del derecho constitucional debe considerar también materiales como discursos de disidentes políticos, proyectos de ley y de reforma constitucional, debates académicos y doctrina de otros tribunales. Respecto del canon pedagógico, el constitucionalismo democrático insistiría en que no se trata de dejar de leer o enseñar los casos canónicos de las altas cortes, sino de complementarlos con otras fuentes que también influyen, muchas veces de manera determinante, en la manera como se configura el derecho constitucional en la realidad. Las cuestiones sociológicas confluyen en este punto con las normativas.³¹³

Una de las razones que explican la objeción del constitucionalismo democrático en virtud de la cual el canon constitucional es construido casi exclusivamente en términos de lo establecido por los casos de la Corte Suprema, radica entonces en parte en el indebido protagonismo que se le ha dispensado dentro de la enseñanza del derecho. A su vez, el juriscentrismo en el canon pedagógico tiene efectos ideológicos, porque tiende tanto a reforzar su poder de decisión final en materia de interpretación constitucional como a desalentar la posibilidad de realizar interpretaciones constitucionales que difieren del canon establecido de casos. Al enfocar el significado de la Constitución exclusivamente en las decisiones judiciales, los académicos, profesores y estudiantes no considerarán en general necesario explorar otros elementos que correlativamente intervienen en la forma en la cual la normativa constitucional se aplica a casos concretos.

La historia muestra que los tribunales interpretan la Constitución en un diálogo con las ramas políticas y el pueblo.³¹⁴ Levinson ha defendido la necesidad de realizar interpretaciones constitucionales no oficiales, a las cuales denominó interpretaciones “protestantes”,³¹⁵ que son tareas conjuntas en las cuales las altas cortes no se encierran en salas plenas a decidir exclusivamente conforme a sus criterios, sino que mantienen canales abiertos para conocer las perspectivas sociales. “Ningún progresista quisiera vivir en un Estado en donde la autoridad del ‘Nosotros, el pueblo’ se refiera sólo a la opinión profesional de los jueces”.³¹⁶ La capacidad que tiene la Constitución

³¹³ Balkin, Jack y Sanford, Levinson, “The Canons of Constitutional Law”, *111 Harvard Law Review* 964, trad. de Leonardo García J., “Los cánones en el derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 1998.

³¹⁴ Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, *cit.*

³¹⁵ Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, *cit.*

³¹⁶ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *cit.*

para hablar por y para los grupos pertenecientes a la misma comunidad que representan y defienden, no obstante cosmovisiones heterogéneas en aspectos fundamentales de la vida, depende en una medida importante de que se mantengan abiertos canales comunicativos para que dicha comunidad pueda plantear objeciones, propuestas y perspectivas constitucionales que eventualmente sean consideradas. La clave para que un grupo no se considere excluido de la discusión política ante un fallo con el cual difiere es que existan mecanismos para exteriorizar y canalizar institucionalmente los reclamos. El grado de capacidad de representación y, así, de legitimidad del derecho constitucional, es correlativo de la forma de creación interactiva de dicho derecho.

De la confianza del pueblo en las instituciones públicas, y en esto las altas cortes no son la excepción, depende en gran medida la autoridad necesaria para hacer cumplir la Constitución, muchas veces en contra de las decisiones de los poderes con representación popular. No sólo las dos ramas con mayor representatividad popular, sino también los tribunales, deben ser receptivos hacia los reclamos y las perspectivas constitucionales de la ciudadanía. El trabajo conjunto entre las ramas del poder público, además del diálogo con los movimientos políticos y la opinión pública, dota de fuerza y carácter verdaderamente vinculante a una determinada medida, de modo que cuente con la receptividad democrática necesaria para tener legitimidad y efectividad. Conforme a Balkin, lo que legitima a la revisión judicial de constitucionalidad es su sensibilidad o receptividad —a largo plazo— hacia las perspectivas rivales de la sociedad acerca de lo que significa la Constitución.³¹⁷

Si bien el constitucionalismo democrático considera que los tribunales deben ser sensibles a la opinión pública, que la autoridad del derecho constitucional depende de su legitimidad democrática y que, a su vez, dicha legitimidad depende en buena medida de su capacidad para percibir la opinión popular, ello no justifica ni implica que los tribunales simplemente decidan los casos de forma que reflejen la “opinión pública” o el “consenso popular”. Es importante entonces considerar que el Poder Judicial es un poder socialmente integrado y atento a las incidencias e implicaciones de su actividad, pero no suponer que por ello debe atender el termómetro político cada vez que va a tomar una decisión, y en particular una decisión polémica. Como todos los poderes públicos, el Poder Judicial es un poder público del Estado. Esta es una tensión difícil de resolver, porque asimismo la integridad del derecho constitucional depende de su independencia de la

³¹⁷ Balkin, Jack, “Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution”, *Tulsa Law Review*, núm. 39, 2004, pp. 508 y ss.

influencia política. Desde la perspectiva interna del derecho, la distinción entre el derecho y la política es constitutiva de la legalidad.³¹⁸

Surge una tensión entre la necesaria cautela judicial y la también necesaria realización de las provisiones constitucionales progresistas. Diversos casos que han involucrado a algunas democracias iberoamericanas recientemente ilustran la tensión: permisión condicionada del aborto, reconocimiento de derechos iguales para minorías sexuales y étnicas, facultades especiales para las fuerzas militares, controles a los medios de comunicación y participación de la Iglesia en la discusión pública, entre otros. Por una parte, podría argumentarse que los tribunales no deben involucrarse en cuestiones socialmente debatidas y sobre las cuales no ha habido suficientes pronunciamientos judiciales locales, pero por otra podría eludirse el eventual impacto que podría llegar a tener una determinada decisión por cuenta de la vulneración de derechos fundamentales, que de forma reiterada y masiva puede estar sufriendo un grupo. Como sucedió con *Roe v. Wade* (1973) y *Brown v. Board of Education* (1954), al elevar abruptamente a rango constitucional una cuestión que al momento es debatida de manera vehemente, se agravan las discusiones sociales y la controversia política, y pueden llegar a producirse extendidas reacciones furibundas por parte de determinados sectores del pueblo.

Las reacciones ciudadanas podrían tener en muchos casos efectos favorables en el plano de la inclusión democrática. Las protestas deben ser concebidas como mecanismos inclusivos democráticos, sobre todo donde subsisten situaciones crónicas de asimetría de poder. Se acepta que cierto grado de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de garantizar los derechos constitucionales, ya sea a través de la legislación o de las decisiones judiciales. Las decisiones constitucionales suscitan resistencia en algunos casos, especialmente cuando amenazan el estatus de los grupos acostumbrados al ejercicio de la autoridad.³¹⁹ La movilización a favor o en contra de una decisión es una forma importante de compromiso democrático. Los argumentos, casos y discusiones que plantean Post y Siegel de este enfoque poco común en la academia jurídica resultan de singular relevancia en contextos jurídicos en los cuales, por cuenta del influjo de diversos aspectos del canon neoconstitucional, hay un optimismo muchas veces desmesurado acerca de las verdaderas posibilidades de alcanzar el progreso social vía el progresismo jurisprudencial. Las instituciones a las que se les confió la guarda de la superioridad e integridad de las Constituciones en América Latina deben velar también por que ella conserve un grado de legitimidad social,

³¹⁸ Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *cit.*

³¹⁹ *Idem.*

dado que responde en efecto ante las expresiones y los reclamos ciudadanos. La oportunidad de cuestionar la autoridad del derecho constitucional debe estar permanentemente abierta y, de igual forma, los tribunales tienen la responsabilidad de asegurar esta posibilidad.

Post y Siegel propugnan una fundamentación disensual del constitucionalismo en aras de la apertura democrática, la inclusión y, así, de la convivencia armónica de la comunidad. La legitimidad democrática de la Constitución no sólo está sustentada por el consenso respecto de las formas de concebirla y aplicarla, sino también por el disenso, que genera intensos intercambios comunicativos entre la ciudadanía. El constitucionalismo democrático sostiene que, en la medida en que los tribunales tengan canales para comunicarse con los reclamos que se realizan por fuera del estrado respecto de decisiones con fuerte impacto social, la legitimidad del derecho constitucional radicará en el hecho de que el pacto constituyente, además de ser incluyente y deliberativo en su génesis, permanezca abierto. “Sólo en los libros de texto sobre procedimientos jurídicos, el derecho es una cuestión contenciosa completamente aparte de la política”.³²⁰ Resulta infructuoso por tanto insistir en la separación entre la política y el derecho, porque ello implica ignorar la fuente de la legitimidad real del derecho.

V. CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Luego del anuncio del retiro del magistrado David Souter de la Corte Suprema, el presidente Obama, dentro de los criterios que señaló para realizar la nueva nominación, sostuvo que deberá ser alguien que entienda que la justicia no es algo sobre alguna teoría jurídica abstracta o una nota al pie de página en un libro de casos, sino que es algo sobre cómo las leyes afectan las realidades cotidianas de las vidas de las personas.³²¹ Obama se refirió al magistrado Earl Warren³²² como un juez ideal, que era consciente de los efectos sociales y culturales de las decisiones de la Corte, pero también sostuvo que en los complejos procesos hacia el cambio social no es correcto otorgar demasiada confianza a los tribunales y poca al activismo político.³²³ Obama se pregunta, refiriéndose a

³²⁰ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *cit.*

³²¹ <http://theusconstitution.org/text-history/681>.

³²² Sobre quien puede consultarse la ilustrativa biografía de Cray, Ed, *Chief Justice: A Biography of Earl Warren*, Nueva York, Simon & Schuster, 1997, en particular las partes III y IV.

³²³ Obama, Barack, *The Audacity of Hope*, *cit.*

las batallas libradas en la comisión judicial del Senado por las designaciones de magistrados para la Corte Suprema durante el gobierno de George W. Bush, si los progresistas han perdido fe en la democracia debido a una desmedida confianza en los tribunales para reivindicar los derechos. Las decisiones tomadas por el Poder Legislativo y por los funcionarios gubernamentales sobre los derechos son tan importantes como las decisiones judiciales, si no más.³²⁴ Ha habido un enfoque laudatorio de la jurisprudencia de la Corte Warren sobre el poder y la función judicial, que ha tendido a desestimar el poder y la función de la acción política. Los liberales tienen la tarea de desarrollar una perspectiva política capaz de generar un amplio apoyo popular.³²⁵

En la actualidad, un liberal como Warren, defensor de un ambicioso activismo judicial, puede no contar con la sensibilidad política necesaria para que ciertas decisiones, aunque jurídicamente fundamentadas, tengan la legitimidad popular necesaria para que la institución conserve un alto estatus de representatividad y para que las decisiones sean efectivamente obedecidas. El método con el cual opera el derecho constitucional en sede judicial debe pasar del activismo tal como se lo entendió y defendió durante la Corte Warren, a un progresismo respetuoso de las funciones y competencias de los diversos organismos estatales. Debe ser consciente a la vez de que es necesario erradicar del derecho constitucional una perspectiva centrada en el hecho de que la Constitución es definida exclusivamente por los tribunales. El Poder Judicial debe ser, al contrario, socio no sólo de los actores, sino también de los movimientos políticos en la construcción de un derecho constitucional sensible a la manera en la cual el derecho opera en la realidad.

El activismo de la Corte Warren hizo pensar a gran parte de la ciudadanía que la sede del cambio social no era el gobierno ni el congreso, sino la Corte. Cuando los progresistas tengan una perspectiva de la vida colectiva que pueda generar reclamos constitucionales, se motivarán para movilizarse en defensa de su propia forma de comprender la identidad nacional; es decir, de su idea de la Constitución. Se orientará el desarrollo de una jurisprudencia constitucional que resulte adecuada para su efectiva garantía en el campo popular y profesional.³²⁶

Con el fin de evitar reacciones vehementes por parte de la ciudadanía, algunos críticos³²⁷ han defendido una postura conforme a la cual debe pre-

³²⁴ Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, cit.

³²⁵ Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, cit.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ Como Michael Klarman, William Eskridge y Cass Sunstein. Sobre este punto, Post Robert y Siegel, Reva, “La furia contra el fallo Roe”, *Constitucionalismo democrático*, cit.

ferirse un enfoque judicial restringido debido a la deferencia que el Poder Judicial le debe dispensar al Legislativo. Las altas cortes no deben proferir fallos en los cuales esté involucrada una doctrina ambiciosa que siente un precedente condicionante de la manera de resolver dichos casos.³²⁸ Si una cuestión de gran cambio social apenas se está arraigando en la ciudadanía, se afirma, no es conveniente que una alta corte intervenga de manera definitiva. Magistrados de raigambre conservador de la Corte Suprema estadounidense han sostenido que la Constitución debe interpretarse estrictamente siguiendo la orientación de su significado original. Para un intérprete constitucional al estilo Scalia o incluso un minimalista, la Corte debe esperar hasta que haya un consenso mayor en la ciudadanía o decisiones de tribunales de instancia para que se implementen decisiones con efecto social y cultural significativo. Se esgrime el argumento de que en grado importante las decisiones judiciales restringen la discusión al retirar de la agenda política un tema y elevarlo a estatus de derecho fundamental.

La concreción de las provisiones constitucionales garantistas depende en gran medida de que los tribunales no procuren sustituir las otras ramas del poder público al monopolizar la realización de la Constitución. El progresismo modera su activismo cuando se enmarca en una adecuada cautela judicial. No sólo la tiranía del gobierno, sino también la anarquía de la sociedad entrañan riesgos para la posibilidad de hacer valer las provisiones que contienen los derechos constitucionales, los cuales se pueden ver amenazados en su real garantía no sólo por un gobierno demasiado débil, sino también por uno demasiado fuerte. Además del establecimiento de una forma determinada de gobierno y la creación de instituciones a las cuales se les confieren funciones precisas, el constitucionalismo ha significado desde su génesis la existencia tanto de límites al gobierno para evitar que el poder derive en despotismo y prevenir así la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública como de vínculos representados en las normas iusfundamentales, que a la vez determinan lo que debe hacer y demarcan lo que no debe hacer la legislación.³²⁹

Los ciudadanos han encontrado tradicionalmente diversas formas de movilización efectiva a favor o en contra de los esfuerzos judiciales para aplicar la Constitución. En los Estados Unidos, por ejemplo, es bien conocido el caso en el cual la cláusula de igual protección ante la ley consagrada en la enmienda decimocuarta había sido interpretada de forma tolera-

³²⁸ Sunstein, Cass, *One case at a Time*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

³²⁹ Holmes, Stephen, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1995.

ba diversos tipos de discriminación. Dos trascendentales cambios de precedentes en el derecho estadounidense ilustran el tipo de evolución social en el significado del derecho constitucional que defiende el constitucionalismo democrático. Respecto de la discriminación sexual, la Corte Suprema había decidido en 1873³³⁰ que la cláusula de igual protección no amparaba a las mujeres en sus reclamos por igualdad laboral. Para 1996³³¹ resolvió que la Constitución prohíbe la discriminación sexual. Sobre la doctrina que se relacionaba con los derechos civiles, en 1896³³² creó la doctrina “separados, pero iguales” para admitir las prácticas segregacionistas en las cuales incurrián muchos estados en la educación de las poblaciones negras. En 1954³³³ la Corte decidió que eran inconstitucionales las leyes que separaban entre las escuelas públicas a los negros y a los blancos. La segregación era ahora una violación de la cláusula de igual protección reconocida por la enmienda decimocuarta. ¿Qué sucedió entre 1873 y 1996, y entre 1896 y 1954? El activismo vehemente de las mujeres y de los grupos afrodescendientes hizo cambiar, primero, la doctrina jurídica y, después, la opinión que la ciudadanía hasta entonces defendía sobre el significado de la igualdad. También con cuestiones que involucran no ya derechos de igualdad, sino de libertad, se puede exemplificar este punto. La Corte Suprema había decidido de manera unánime en 1939³³⁴ que la Constitución no protegía el derecho a que las personas tuvieran armas de fuego para uso personal, pero en 2008³³⁵ sostuvo exactamente lo contrario, ya que encontró fundamento en la segunda enmienda para proteger el derecho individual a tener armas.

La articulación de las minorías raciales y, luego, de las mujeres en movimientos activistas por los derechos en la década de 1970, generó un cambio paulatino en la percepción popular hacia la admisibilidad de las formas tradicionalmente discriminatorias de comprender la Constitución. El significado mismo que se le atribuye en la actualidad a un caso no sólo jurídica, sino también culturalmente muy importante en la vida política de los Estados Unidos, como es la sentencia del fallo “Brown”, surge de varias décadas de discusiones políticas, jurídicas y académicas sobre su aplicación.³³⁶ El derecho no existe como tal antes de las luchas políticas sobre su

³³⁰ *Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1873).

³³¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

³³² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³³³ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³³⁴ *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

³³⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

³³⁶ Siegel, Reva, “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *117 Harvard Law Review* 1470, 2004.

significado,³³⁷ sobre todo si se trata de un derecho constitucionalizado; es decir, sustentivado por numerosas provisiones, y en el cual la positivización de principios de naturaleza moral derivó en un desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política. En este punto radica la premisa del constitucionalismo democrático: cómo aumentar la legitimidad democrática de la Constitución.

VI. EL ORIGEN DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

El constitucionalismo democrático refleja una inconformidad radical con la forma contemporánea de concebir el derecho, arraigado en concepciones conservadoras que en Estados Unidos constituyen el legado que el gobierno de Reagan se propuso instaurar. Esa agenda contribuyó a configurar en forma jurídica y social el derecho constitucional. Profesores e investigadores conocieron unos documentos del Departamento de Justicia titulados “La Constitución en 2000”, que fueron redactados en 1988 durante el gobierno de Reagan. Este proyecto para cambiar el derecho constitucional procuró, con un éxito estimable, instaurar en varios niveles una práctica jurídica conservadora que estuviera orientada, básicamente, por formas particulares de litigio y por designaciones para el Poder Judicial. Los movimientos sociales y políticos conservadores no ahorraron esfuerzos ni recursos para hacer que el constitucionalismo concordara con sus perspectivas sobre los derechos y sobre la organización del gobierno.

Este proyecto político se desarrolló mediante determinadas elecciones e interpretaciones de la Constitución, en virtud de la cual se identificaron precedentes importantes que debían conservarse o modificarse según hubieran sido, desde su filosofía judicial, correcta o incorrectamente decididos de acuerdo con criterios como la estricta interpretación constitucional conforme al significado original. Dentro de los segundos se destacan precedentes relacionados con casos como la separación entre Iglesia y Estado, el aborto, los métodos anticonceptivos, la educación sexual en las escuelas, el Poder Ejecutivo, el derecho a la intimidad, la protección constitucional de los acusados en casos penales y cuestiones de raza e igual protección, federalismo y Poder Legislativo para promulgar leyes sobre derechos civiles. Los conservadores les enseñaron a los progresistas que la acción política, en lugar de la estrictamente jurídica, es esencial para configurar el derecho constitucional

³³⁷ Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *cit.*

mediante la incorporación de determinada ideología en el proceso de interpretación constitucional.

El constitucionalismo democrático defiende un original proyecto en virtud del cual se debe implementar a futuro una perspectiva duradera del progresismo en el derecho constitucional, orientando las cuestiones más acuciantes del debate. Desde este modelo teórico se aboga por una nueva perspectiva en las polémicas tradicionales por las relaciones entre el constitucionalismo y la democracia. Cada uno de estos dos pilares de las sociedades contemporáneas comporta una serie de valores y principios que suscitan tensiones cuando se tratan de armonizar en la vida en comunidad. Los tribunales son entidades democráticas, y el Poder Judicial es un poder político, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *política*.³³⁸ Propone una serie de temas, argumentos y discusiones, que podrían apoyar una revalorización en el contenido de la discusión constitucional iberoamericana. Se analizan desde diversas perspectivas las formas como se legitima popularmente el derecho constitucional, toda vez que las interpretaciones monopólicas del texto por parte de los jueces y que las normas proferidas por el Poder Legislativo no son necesariamente suficientes para dotar de legitimidad a la normativa constitucional. En las reacciones ciudadanas vehementes es donde la integridad del Estado de derecho colisiona con la necesidad de que los ordenamientos constitucionales cuenten con legitimidad democrática.³³⁹

En la consolidación de la democracia y en el progreso social, los tribunales desempeñan un rol crucial, el cual en algunos casos es subsidiario. El cambio constitucional debe fluir desde abajo en lugar de ser unilateralmente impuesto desde arriba, en especial si pretende ser democrático. En el nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente en el nivel constitucional. Con sus decisiones sensibles a la democracia los tribunales muchas veces impulsan a la sociedad hacia un rumbo determinado. El cambio constitucional debe ser dialéctico e interactivo, porque las ramas del poder público deben promover conjuntamente los valores constitucionales progresistas. Las reformas jurídicas no necesariamente erradican la injusticia, pero con frecuencia contextos y situaciones injustos se reconfiguran para prosperar en nuevos ambientes jurídicos.³⁴⁰

³³⁸ Ya en 1848 el constitucionalista chileno José Victorino Lastarria afirmaba en sus *Elementos de derecho constitucional* que como todos los demás poderes, el Poder Judicial es un verdadero poder político del Estado.

³³⁹ Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *cit.*

³⁴⁰ Siegel, Reva, “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action”, 49 *Stanford Law Review* 1111, 1997.

¿CÓMO AUMENTAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN? 169

El constitucionalismo democrático es un modelo de teoría del derecho con profundas implicaciones políticas que aún está en construcción. Puede contribuir a la tarea de fundamentar una concepción liberal de la jurisprudencia y una práctica judicial progresista duradera y públicamente justificable. Otorga importantes elementos que pueden contribuir en la esfera doctrinaria, académica y política en los intensos debates que se desarrollan en la actualidad sobre los diversos temas que vincula el amplio campo del derecho constitucional, en particular la acción política y el compromiso con un sistema jurídico legítimo en el cual todos podamos reconocernos como partes.

CAPÍTULO CUARTO

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL. RESPUESTA JUDICIAL A LA NECESIDAD DE REDUCIR LA DISOCIACIÓN ENTRE LAS CONSAGRACIONES DE LA NORMATIVIDAD Y LA REALIDAD SOCIAL

La ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

I. INTRODUCCIÓN

Colombia es uno de los países latinoamericanos en los cuales mayor influjo han ejercido teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales que surgieron desde 1970 cuando los países europeos que salían del fascismo y de las dictaduras, sobre todo las ibéricas, trasformaron radicalmente sus textos constitucionales, incluyendo principios morales, derechos fundamentales y sociales, además de los clásicos derechos liberales y de defensa.³⁴¹ Dicha trasformación requirió una nueva dogmática jurídica, así como renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de las provisiones constitucionales en el marco de la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

Conjuntamente con los tribunales constitucionales de los países que hacen parte de la tercera oleada histórica de transición democrática a finales de 1980,³⁴² como Hungría, Sur África e India, la Corte Constitucional co-

³⁴¹ Clérigo, Laura *et al.* (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

³⁴² Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010; Thornhill Chris, "A Sociol-

lombiana es altamente ponderada en el escenario jurídico regional e incluso global. Sus decisiones tendientes a controlar desbalances en el poder público y su compromiso con las principales tesis neoconstitucionales la sitúan a la vanguardia del constitucionalismo en contextos de desigualdad.

En su labor de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, pero particularmente por su papel comprometido con el desarrollo del derecho (*living constitutionalism*), la Corte Constitucional ha receptado instituciones judiciales y doctrinas constitucionales surgidas de diversos contextos jurisprudenciales, tales como el germano, el español, el francés y el italiano, así como el estadounidense. Dentro de las principales tesis e instituciones que han sido receptadas en Colombia debido a la jurisprudencia constitucional, que tempranamente desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa, pueden destacarse las siguientes:

Respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico de la Constitución como norma. Las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva, porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades. Si bien la Constitución colombiana es semirrígida o incluso flexible, según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial. A partir de la incorporación constitucional de principios morales, las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse. En la actualidad el Poder Judicial es un verdadero poder político, porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución política. Si bien la facultad judicial de revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso (*judicial review*) se incorporó en la reforma de 1910, sólo a partir de 1991 se ha desarrollado vigorosamente.³⁴³

Respecto de los derechos fundamentales: contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo cual se ha constitucionalizado; la eficacia entre particulares ha sido uno de los mayores logros en el caso de los efectos normativos que consagran los derechos. Se han trasplantado técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y la aplica-

ogy of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective”, *Cambridge Studies in Law and Society*, 2013.

³⁴³ La superioridad normativa de la Constitución respecto de las leyes también se incluyó en tal reforma (Acto Legislativo núm. 3).

ción de los derechos constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad en sentido lato y la ponderación. El parámetro del goce efectivo de los derechos se ha constituido en todo un parámetro de constitucionalidad.

La Constitución ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado constituyen factores de singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia de la Constitución de 1886, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte Constitucional. Una pregunta que se podría formular es si todo progresismo jurisprudencial, que es en general bien visto, comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable por sectores como el político de derecha o centro-derecha, que quiere conservar un *statu quo* favorable a sus intereses; el jurídico conservador, para el cual los tribunales deben tener toda la deferencia con los representantes elegidos por el pueblo, porque la sede de la democracia radica en las mayorías representadas en el parlamento, y el económico, para, en una suma muchas veces de estas dos razones, oponerse a que se tomen decisiones con impacto fiscal que no provengan del Ejecutivo o del Legislativo, que son los encargados del diseño de políticas públicas. Podemos distinguir argumentativamente entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos como fin del Estado, y actuaciones indeseables, porque comportan una pretensión de sustitución a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas.

La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no solo por la recepción de teorías jurídicas, instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales de circulación trasnacional, sino también por aquellas doctrinas que ha creado para responder ante una disociación caracterizada, por un lado, por una Constitución igualitaria, garantista e incluyente, con numerosas provisiones, y por otro lado, por un contexto social caracterizado por la pobreza, la creciente desigualdad, el alto desempleo, el subdesarrollo y las millones de personas víctimas del desplazamiento forzado por la violencia,³⁴⁴ así como por altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción.

³⁴⁴ Conforme al Comité Internacional de la Cruz Roja, los desplazados son personas atrapadas en un ambiente de violencia, que ante la problemática huyen de las zonas de conflictos o de las persecuciones. “Las personas o grupos de personas que han sido forzados u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el hombre, y que aún no han cruzado una frontera reconocida internacionalmente entre Estados o que lo hacen

Colombia tiene un débil sistema de partidos, que entre otros aspectos se refleja en una incapacidad de asumir tareas básicas y responder ante importantes retos nacionales. A pesar de mayor inversión extranjera y moderado crecimiento en la economía, hay más pobres que antes, y cada día más personas tienen dificultades para satisfacer sus necesidades básicas mínimas. Se ha agudizado la brecha de la separación social, pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso. Según cifras oficiales, Colombia es el cuarto país más desigual del mundo tratándose de distribución del ingreso.³⁴⁵ En términos comparados eso significa que de cerca de 200 países que hay en el mundo, Colombia sólo está mejor que tres. Pareciera muchas veces que los déficits en la realización de derechos no son una realidad, sino una estadística.

Si no es la más, por lo menos es una de las principales formas que ha encontrado la Corte Constitucional para responder ante la disociación entre el derecho y la realidad, es la doctrina del Estado de cosas inconstitucional. Algunas de estas características políticas y sociales que aquejan a Colombia legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Al contrario de lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el Estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, ese tribunal no diseña como tal la política pública.³⁴⁶ Se articula con el gobierno y el congreso, pero sobre todo con el gobierno, en dicho proceso en dos formas básicamente: al inicio señalando un evento como cuestión que debe merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. Las órdenes complejas que imparte un juez en casos que las requieran no establecen cuáles deben ser las medidas específicas que deben adoptarse, sino que están en general orientadas a lograr que se adopten a lo largo del proceso de diseño, implementación, evaluación y control.³⁴⁷ La Corte en general ha procedido consciente de que su labor no consiste en formular una política pública, sino en integrarse en dicho proceso, comandando a crear al organismo estatal que

a fin de evitar los efectos de todo ello”. ICRC (septiembre 2002). *Preguntas y respuestas sobre el desplazamiento forzado*. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdqnq.htm> consultado el 22 de agosto de 2013.

³⁴⁵ Gini de 0.58. Un país es más desigual mientras más se acerque a 1. En 2005 se registraba un índice de 0.55.

³⁴⁶ Muller, Pierre, *Las políticas públicas*, 3a. ed., Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. 2, *Diccionario de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

³⁴⁷ Sentencia T-418 de 2010.

debe hacerlo o impariendo órdenes que impulsen la ejecución efectiva de una política ya existente. En todo caso ha exigido también que en audiencias se le rinda cuenta del cumplimiento de las órdenes que imparte.

Este planteamiento marca una diferencia en el debate, porque, por un lado, permite reconocer que en virtud al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso. En sociedades inequitativas o “no-bien ordenadas” por parodiar a Rawls, los derechos sociales deben ampararse porque son precondiciones para el goce de los derechos de libertad.

Fallos activistas que pretendan usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas, absurdas o sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos, así como puede objetarse igualmente el inadecuado comportamiento de algunos exmagistrados que han querido sacar réditos electorales de las sentencias de las que fueron ponentes, sin que ello implique que se pueda criticar a la institución como tal. Puede eludirse sin reproche la responsabilidad de tener que argumentar sobre la importancia del rol de la Corte Constitucional en veinte años de creación y desarrollo del derecho. Ha visibilizado muchos problemas sociales que antes sólo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política. Ha forzado a sectores importantes de la política y la opinión pública para que presten atención a cuestiones sociales antes ignoradas, así como a configurar una postura frente a ellas. Institucionalizó el Estado social de derecho, que, como modelo ideológico y formula política, cuenta con elementos básicos, como el respeto a la dignidad humana (artículo 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (artículo 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (artículo 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (título 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (capítulo 4).

En particular, la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (artículo 2) ha tornado cardinal los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados. Las normas dogmáticas le determinan a las normas orgánicas, tanto lo que deben hacer como lo que les está permitido hacer. Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lu-

gar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano, desde la génesis misma de la jurisprudencia constitucional en 1992. Es por eso que la pregunta ¿dónde están consagrados los derechos fundamentales? no se puede responder haciendo referencia al título respectivo de la Constitución, sino a los numerosos volúmenes de jurisprudencia constitucional.³⁴⁸

El progresismo no sólo es entonces admisible, sino también deseable porque la Corte Constitucional tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos, el más importante, es precisamente la realización de los derechos. Se trata del fin más importante, porque además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para tramitar sus propias reformas y para promulgar leyes, las Constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos, por lo cual acontece un cambio en la idea de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la idea del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.³⁴⁹ La vinculación constitucional de los poderes públicos a los derechos fundamentales torna cardinal en la democracia colombiana la función de la institución a la que se le ha encargado el resguardo del texto fundamental de los intentos por suplantarla o recortarla en sus garantías normativas. Gracias a la Corte Constitucional los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. La razón de ser del Estado aparato (parte orgánica) no es otra más que la protección y garantía de los derechos (parte dogmática). Los fallos activistas que pretendieran usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas y sin sustento en la planeación deben objetarse en casos concretos.

II. PROGRESISMO JUDICIAL Y EXPANSIÓN CONSTITUCIONAL MATERIAL

Las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional la han situado a la vanguardia del constitucionalismo en la región.³⁵⁰ La multiplicidad de cues-

³⁴⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

³⁴⁹ Aguiló, Josep, “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 454 y 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

³⁵⁰ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004; *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Bonilla, Daniel e

tiones sobre las que ha decidido y el contenido de sus sentencias (fundamentación, enfoque teórico, metodología y creatividad), así como el progresismo que las ha inspirado, constituyen factores de singular importancia en el examen relativo a la novedad del constitucionalismo colombiano y su gran potencial para ejemplificar las formas como es posible mediante el derecho, y en particular mediante el activismo judicial, elevar los índices de justicia social y los factores de inclusión.

Se ha argumentado que es el tribunal judicial más poderoso del mundo, incluso respecto de la Corte Suprema de los Estados Unidos;³⁵¹ asimismo, que supone el punto de inflexión que marca en Latinoamérica el inicio y establece las bases para el desarrollo de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas.³⁵² Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional en 1991 serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia,³⁵³ países a los cuales además fueron invitados como asesores exconstituyentes colombianos.

Una pregunta que se podría formular en este punto es si todo progresismo jurisprudencial comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable. Es decir, podemos argumentativamente distinguir entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos, y actuaciones indeseables porque comportan una pretensión de sustitución o reemplazo a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas, como son el Ejecutivo y el legislativo. Cabe preguntarse si es posible, por un lado, afirmar la naturaleza deseablemente progresista de ciertos casos tomados en ejercicio de un objetado activismo, y por otro, considerar que no se trata de una pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias.

Dentro de las sentencias que ha fallado la Corte en veinte años de prolija labor se destacan aquellas en las cuales se ha incorporado en el proceso de formación de las políticas públicas. Los argumentos que ha esgrimido

Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.; Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

³⁵¹ Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010.

³⁵² Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011.

³⁵³ *Idem*.

para fundamentar sus decisiones, han sido diversos. En general, las sentencias encuentran argumentaciones iusfundamentalmente correctas en el amparo a la dignidad humana, en el goce efectivo de los derechos y en la importancia que asigna a la realización del modelo ideológico y la fórmula política del Estado social de derecho, institucionalizado en la Constitución, que proclamó principios de participación, solidaridad y pluralismo; consagró la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, dotó a la Constitución de garantía jurisdiccional, reconoció un catálogo de derechos fundamentales y sociales que son inalienables, y vinculó los poderes públicos a los derechos fundamentales.

La Corte también ha innovado en los efectos que les ha asignado. Aunque la tutela se diseñó para que tuviera en principio solo efectos entre el actor y la institución o persona tutelada (efectos *inter partes*), la Corte ha otorgado efectos más extensos abarcando a personas que no interpusieron la acción, pero que se encuentran no obstante dentro del grupo que padece la misma afectación en sus derechos (efectos *inter communis*). También ha establecido efectos retroactivos o diferidos en el tiempo de sus sentencias. Las sentencias modulativas condicionan la constitucionalidad de una norma determinada a que se interprete de una forma expresamente señalada por la Corte o complementan la disposición con un contenido normativo para hacerla conforme a la Constitución.³⁵⁴

³⁵⁴ Dentro de los casos más polémicos que han involucrado modulación de efectos de sentencias se encuentran aquellas sobre parejas del mismo sexo. Por ejemplo, la expresión “familiar” del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, fue sometida a examen constitucional, y en sentencia C-811 de 2007 se decidió que es constitucional en el entendido que se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo el régimen de protección consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud (POS) del régimen contributivo. En sentencia C-798 de 2008, la Corte moduló el sentido de las expresiones “compañero” y “compañera permanente” en el entendido de que comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Reconoció a miembros de parejas homosexuales el derecho a reclamar medios para la subsistencia tal como el derecho alimentario. En sentencia C-336 de 2008 se declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. Tales expresiones deben significar que las parejas permanentes conformadas por personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. Sostuvo la Corte que la Constitución garantiza, en el caso de la pensión de sobreviviente, la posibilidad de reconocer el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, porque “no existe un fundamento razonable para explicar el trato desigual”. Excluir a las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente. El déficit de protección vulnera la prohibición de discriminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En sentencia C-029 de 2009 la Corte declaró constitucional condicionadamente una serie de normas que creaban beneficios o imponían cargas cuyos destinatarios eran las parejas

Desde el inicio del ejercicio de la jurisdicción constitucional en 1992 se ha asistido a una expansión de los contenidos constitucionales materiales³⁵⁵ que se evidencia entre otros fenómenos en el reconocimiento de los principios como orientadores de la puesta en práctica de los derechos, la vinculación de los poderes públicos a los derechos constitucionales fundamentales, la ubicuidad de los derechos respecto del derecho en general que los hace potencialmente relevantes en cualquier escenario jurídico y la garantía a todos los derechos y, en particular por la creciente desigualdad, a los sociales en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado.

Dos características del sistema jurídico colombiano íntimamente relacionadas son explicativas del fenómeno de la expansión de los contenidos constitucionales materiales: la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y los efectos extendidos de la tutela. La declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento constituye uno de los más elocuentes fenómenos en el marco de dicha expansión, que se evidencia igualmente en la constitucionalización del derecho. La deseable constitucionalización se balancea en un equilibrio muchas veces inestable entre dos riesgos indeseables: la sobreconstitucionalización en virtud de la cual todo el derecho estaría en la Constitución (como si fuera un “huevo jurídico originario”, según la expresión de Forsthoff) y la infraconstitucionalización, que tornaría inocua la fuerza vinculante de la Constitución y valor normativo de los derechos, así como las competencias de la Corte Constitucional.³⁵⁶

heterosexuales, mas no las homosexuales. Permitió la protección de los compañeros permanentes del mismo sexo en ámbitos civiles, políticos, penales, sociales, laborales, migratorios y de justicia. Se regularon deberes de estas parejas y se les aplica desde entonces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos y el régimen de contratación estatal. Considerando que la pareja goza de protección constitucional, independientemente de que se trate de heterosexuales u homosexuales, reiteró la Corte que toda distinción que se origine en la orientación sexual de las personas debe someterse a un examen de proporcionalidad para determinar si la distinción configura o no discriminación. Para un contexto de la discusión, véase Albarracín, Mauricio, “Corte Constitucional y movimientos sociales. El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 14, 2011.

³⁵⁵ Para una crónica de este fenómeno véase Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001.

³⁵⁶ Encontrar la medida correcta de la constitucionalización es el objetivo de la construcción de una dogmática de los márgenes de acción, ya que permite establecer el margen de discrecionalidad del Legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las ramas del poder. Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003. Fue también receptada tempranamente en Colombia una idea de “margen de acción” normativa de que goza el legis-

Sería particularmente problemático si la densidad normativa material de la Constitución se tornara indeterminada o ilimitada. Si bien se han cometido errores y hay peligros que constantemente asechan el trabajo de la jurisdicción constitucional, en Colombia ha sido en general adecuada la constitucionalización del derecho³⁵⁷ y la sujeción a los derechos fundamentales de los poderes públicos. No adolecemos de sobreconstitucionalización, que como insiste Alexy debe ser evitada tanto como la infraconstitucionalización.³⁵⁸ Debido a que la Corte tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines, y uno de ellos es la realización de los derechos, el progresismo no solo es admisible, sino también deseable.

En el contexto de un derecho constitucionalizado y ante reiteradas críticas de activismo y progresismo jurisdiccional, hay que precisar que la Constitución es al tiempo un “orden marco” y un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco, porque establece un marco —dentro del cual puede actuar el Legislador— que está erigido por lo prohibido, que se torna *constitucionalmente imposible*, y por lo ordenado, que es lo *constitucionalmente necesario*. Lo discrecional es lo que está dentro de las paredes establecidas por ese marco, que es entonces lo *constitucionalmente posible*. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción.³⁵⁹ El concepto de Constitución

lador, usando los conceptos (1) “Margen de configuración”: C-272 de 1994, C-803 de 2009, C-1061 de 2008, C-597 de 2010 (intervenciones del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Comercio, además del establecimiento del problema jurídico), T-218 de 2004, C-791 de 2006, C-1025 de 2001, C-468 de 2008, C-403 de 2007, C-1065 de 2008, C-568 de 2004, C-378 de 2008, C-788 de 2009, C-243 de 2006, C-428 de 2002, C-692 de 2008, C-1003 de 2005, SU-975 de 2003, C-561 de 2004, C-1264 de 2005, C-800 de 2008, C-007 de 2002, C-246 de 2006, C-173 de 2006, C-103 de 2005, C-369 de 2006 (citando las sentencias C-871 de 2002, C-568 de 2004 y C-423 de 2005). La sentencia C-945 de 2003 cita la intervención del Ministerio de Hacienda en sentencia C-341 de 1998. (2) “Facultad legislativa”: C-010 de 2002, C-230 de 1996, C-185 de 1997. (3) “Margen de apreciación”: T-052 de 1996, C-071 de 2009, C-026 de 1998, T-573 de 1997, C-802 de 2000, C-233 de 1997. (4) “Margen de apreciación”: C-333 de 2001, C-204 de 2001, C-424 de 2006, C-521 de 1999, C-226 de 2002, C-1252 de 2001 (margen del gobierno). (5) “Campo de configuración normativa”: C-1194 de 2008, C-1074 de 2002 (concepto del Procurador).

³⁵⁷ Sobre la constitucionalización del derecho penal véase C-038 de 1995. Sobre la constitucionalización de los principios tributarios y la responsabilidad objetiva, C-690 de 1996, y sobre la constitucionalización del derecho procesal, C-131 de 2002.

³⁵⁸ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, cit.*

³⁵⁹ La Constitución es un orden fundamental desde dos puntos de vista, *cuantitativo* si llegase a tener previsto para todo un mandato o una prohibición, o sea, si no estableciera en absoluto la posibilidad de la discrecionalidad (la Constitución como el huevo de Forsthoff). Es un orden fundamental *cuantitativo* si resuelve las preguntas consideradas fundamentales por una sociedad en un momento determinado.

como orden marco es compatible solo con el orden fundamental en sentido cualitativo. La Constitución prohíbe y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la Constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco sin incurrir, por ejemplo, en la que Sunstein denomina la “falacia del activista”, según la cual si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige, independientemente de la posibilidad de establecer un principio sólido que sustente la posición.³⁶⁰ La comprensión adecuada de la Constitución como orden fundamental y orden marco significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado (Constitución como orden fundamental cualitativo), y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver, abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional (Constitución como orden marco).

Las Constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. La consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado ha tornado cardinal en el sistema jurídico colombiano los problemas relacionados con la garantía efectiva de los derechos fundamentales.

A pesar de los embates de poder, de las columnas de prensa que intentan desprestigiarla y de sentencias desafortunadas, la Corte hasta diciembre de 2010 tenía una favorabilidad de 57% y la encuesta Gallup de inicios de 2011 arrojó un ascenso de casi diez puntos porcentuales en dicha cifra.³⁶¹ Esto resulta más llamativo aun cuando se contrasta con el pálido 33% de favorabilidad del sistema judicial en general, lo cual lo hace una de las instituciones públicas más desprestigiadas. La aceptación pública de la Corte y la legitimidad que ostentan sus fallos se explican en gran parte en la alta imagen positiva que registra en la opinión pública respecto de la imagen de los otros poderes públicos.

Conforme a Landau, la Corte ha reemplazado al Legislador mediante tres tipos de intervenciones: reemplazo de iniciativas de políticas públicas, cuando advierte que las demás ramas hacen caso omiso de temas de impac-

³⁶⁰ Sunstein, Cass, *Radicals in Robes*, Nueva York, Basic Books, 2005.

³⁶¹ “Gallup Poll, bimestral”, 2011. Disponible en docs.google.com/viewer?a=v&pid=explore&chrome=true&srcid=0B_rSr6A10PuJZTRkOTQJMmYtMzI2OC00ODM3LTlkMGUtMDk1YWNLN2JhZTQ4&hl=en, consultado el 4 de marzo de 2011.

to constitucional; aseguramiento del cumplimiento de las políticas públicas del Legislador y las propias, y reemplazo del legislador en el control político de las actuaciones del Ejecutivo.³⁶²

III. PROGRESISMO COMPETENCIALMENTE NO SUSTITUTIVO

Sin pretender articular razonamientos provenientes del derecho comparado, es útil recordar que durante poco más de una década la Corte Suprema estadounidense profirió una serie de decisiones, que no sólo en su momento, sino también ahora, han sido blanco de acérrimas críticas por su accionar “activista”. Se trata del periodo durante la presidencia de Earl Warren, que se conoce como la “Corte Warren” (1953-1969).³⁶³ 184 casos se fallaron, dentro de los cuales se destacan aquellos sobre protección a los derechos civiles, separación entre Iglesia y Estado, y cambio en los procedimientos de arresto e interrogatorio policial para amparar los derechos de los sindicados.

Recordemos algunos de los casos que fueron más polémicos. En *Gideon v. Wainwright* de 1963, la Corte determinó de forma unánime que los tribunales estatales deben proporcionar a los acusados de un delito que no cuentan con recursos económicos, un representante legal. El fundamento lo encontró la Corte en la sexta enmienda, que reconoce derechos relativos al procedimiento penal (“juicio expedito por un jurado imparcial, el acusado debe conocer la naturaleza y causa de la acusación, a que se le confronte con los testigos que lo acusan, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”).

En 1964 se decidieron dos casos: *Reynolds v. Sims*, que, a partir de la doctrina “una persona, un voto” determinó que los congresos estatales deberían ser aproximadamente iguales respecto de su población, y *New York Times v. Sullivan*, que amparó la libertad de expresión estableciendo que la mala intención real, algo así como el dolo, tiene que probarse por el demandante en casos en que se alegue que un medio de comunicación lo difamó.³⁶⁴ *Miranda*

³⁶² Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *cit.*

³⁶³ La información ha sido recabada de www.law.cornell.edu/supct/ y confrontada y ampliada en algunos casos en: www.supremecourt.gov consultado el 5 de enero de 2011.

³⁶⁴ El contexto de este caso es importante. En Nueva York hubo una marcha a favor de los derechos civiles, la cual terminó en una severa represión policial. Algunos de los afectados que habían participado en la marcha decidieron sacar una nota en el periódico *The New York Times*, donde solicitaron fondos para la defensa de Martin Luther King, que fue acusado de falso testimonio en Alabama. En la nota también se criticó la cruenta represión por parte de

vs. Arizona de 1966 es un caso que estableció una rutina policial que todos conocemos, porque sus efectos se muestran constantemente en las películas cuando capturan a alguien, que le dicen, “Tiene derecho de guardar silencio. Todo lo que diga puede ser usada en su contra... tiene derecho a consultar con un abogado, si no puede pagarla el Estado le proporcionará uno”. También se le debe preguntar al capturado si entendió sus derechos.

El caso más sonado de este periodo fue *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), el cual constituyó un *overruling* respecto de *Plessy v. Ferguson* (1896) y estableció de forma unánime que la doctrina de negros separados, pero inherentemente iguales, que la misma Corte establecio en *Plessy*, era inconstitucional en todas sus dimensiones, porque separar a las personas por razones de su raza en la educación pública constituía una discriminación, que tendría efectos sobre el desarrollo de los discriminados. La práctica establecida en el caso *Plessy* violaba la provisión de igual protección establecida en la enmienda decimocuarta. En *Brown* famosamente argumentó la Corte que

[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado... Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.³⁶⁵

Ante estos casos cabe preguntarse, tratándose como coincidimos en señalar que se trata de casos progresistas, si es posible, por un lado, afirmar su naturaleza deseablemente protectora de derechos y, por otro, considerar que no se trata de casos con la pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias. Hay sin duda que examinar los precedentes locales considerados progresistas que se han tomado y seguido en veinte años de prolífica jurisprudencia, pero como punto de partida puede resultar ilustrativo comparar la experiencia de un referente del constitucionalismo global como el estadounidense.

la policía. Se consignaron datos ciertos y algunos falsos, porque no fue posible por ejemplo determinar el número real de heridos, no se incluyeron estos datos falsos en la nota por mala fe. El jefe de la policía consideró que se le había injuriado con la información publicada. Judicialmente se debió decidir entonces si se amparaba el derecho al honor o si se amparaba el derecho a la libertad de expresión. El debate público robusto debe prevalecer.

³⁶⁵ Traducción propia. Sobre esta decisión, consultense Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, núm. 73, 1959.

IV. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La disociación entre un *law in books* garantista, incluyente e igualitario, y un *law in action* que rige en uno de los países más desiguales de la región más desigual del mundo y con masivas violaciones a los derechos humanos, suscitó desde las mismas comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, debates que se extienden hasta la actualidad.³⁶⁶ Debates sobre la imposibilidad material de cumplir las promesas, que en forma de derechos y principios se consagran en la Constitución. La Corte Constitucional, siguiendo sus antecedentes jurisprudenciales y el fundamento teórico que ha usado en su respaldo, ha creado instituciones judiciales para delimitar competencialmente su rol en las democracias constitucionales y para dotar de solidez y racionalidad su práctica argumentativa. Dentro de la configuración local del neoconstitucionalismo trascultural, lo que se ha denominado “nuevo derecho”, se destaca la necesidad de realización de las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad.

Respecto de los derechos fundamentales, Alexy ha enfatizado en su irradiación al ordenamiento jurídico y en sus efectos hacia terceros como las tesis que superan los problemas propios del derecho constitucional y se relacionan directamente con el derecho civil, penal y con la relación entre los poderes Legislativo y Judicial. Tras la legislación y la jurisdicción constitucional se encuentra la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia,³⁶⁷ porque un sistema político democrático no se establece con la mera configuración de la voluntad general a través del voto, sino que el modelo de la democracia constitucional es normativo en tanto la expresión popular está indisolublemente ligada con la proclamación normativa con eficaz garantía de los derechos fundamentales.

La democracia constitucional es un modelo normativo por dos razones: su estrecha relación con los derechos fundamentales que, más que límites, son su auténtica sustancia,³⁶⁸ y porque no *describe cómo son* las cosas en

³⁶⁶ Véase, por ejemplo, de Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución, hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, núm. 12, 2001; Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2001.

³⁶⁷ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.

³⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, secc. 1,3.

realidad, sino que *prescribe cómo deben ser*. El Poder Judicial, que cuenta con mayores cargas de argumentación respecto de las que se exigen al Poder Legislativo,³⁶⁹ resguarda la articulación entre la democracia política y los derechos fundamentales. Las respuestas que se otorguen a las cuestiones que surgen desde la dogmática de los derechos fundamentales tienen consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad.³⁷⁰ Esto se puede ilustrar desde el rol desempeñado por la Corte con las órdenes complejas que emite en sentencias y autos de cumplimiento que se dirigen hacia diversas autoridades públicas, como seguimiento permanente según las circunstancias de una situación de manifiesta inconstitucionalidad que se prolonga en el tiempo.³⁷¹

Una de las principales instituciones que ha creado la Corte a partir de una sólida doctrina es el Estado de cosas inconstitucional. En este capítulo se analiza esta figura como creación doctrinaria en virtud de la cual se han desplegado, de forma inédita en la historia de la democracia constitucional colombiana, las posibilidades de reforma y cambio sociales en contextos determinados por la desigualdad, la pobreza, el déficit en la protección de derechos y los problemas relacionados con la falta de representación real de la ciudadanía ante las instancias de decisión política. Si bien es necesario que los derechos estén amparados por provisiones que reconozcan su garantía, porque por ejemplo en Chile y Estados Unidos por falta de inclusión normativa la protección de los derechos sociales ha sido más compleja y ha estado más sometida a la voluntad del Legislativo, la protección del catálogo de derechos que existe en las Constituciones recién promulgadas en la región requiere otros presupuestos adicionales a su consagración. Si los derechos sociales son programáticos, lo mínimo que la Corte ha exigido a las autoridades públicas es que estructure e implemente programas para garantizarlos. Además de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, la demanda por la protección de derechos en las distintas declaratorias de Estados de cosas inconstitucionales comporta sobre todo derechos sociales (educación, salud, alimentación mínima, vivienda digna y trabajo).

³⁶⁹ Alexy, Robert, “Constitutional Review as Argumentative Representation” [inédito] trad. de Leonardo García J., en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.

³⁷⁰ Sobre este punto resulta relevante analizar la problemática de la dogmática de los márgenes de acción. Véase, Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.

³⁷¹ Sentencia T-881 de 2006.

Los derechos sociales que han protegido a numerosas personas mediante diversos tipos de instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza y circulación, por ejemplo. Sin embargo, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada, son, en este contexto, “fórmulas vacías”.³⁷² La función de las autoridades públicas respecto del goce efectivo de los derechos no solo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales.³⁷³

La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad; es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos.³⁷⁴ Bobbio argumentó a favor de la necesidad de incluir los derechos sociales en la agenda política, porque constituyen el supuesto de un efectivo ejercicio de los derechos de libertad. Solo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres, pero no todos tendrían igual poder, por lo cual es necesario que se reconozcan los derechos sociales que sitúan a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer. El reconocimiento de estos derechos requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.³⁷⁵

El presidente Obama, en su discurso de aceptación del premio Nobel de Paz 2009, afirmó en este sentido que:

una paz justa incluye no sólo derechos civiles y políticos, sino que tiene que abarcar la seguridad económica y las oportunidades. Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los

³⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 488 y ss.

³⁷³ Sentencia C-251 de 1997.

³⁷⁴ Sunstein, Cass y Holmes, Stephen, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W. W. Norton, 2000; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

³⁷⁵ Bobbio, Norberto (ed.), *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

seres humanos no tienen acceso a alimentación suficiente, agua potable, medicamentos o a refugio, lo cual necesitan para sobrevivir. No existe cuando los niños no pueden aspirar a una educación decente o a un empleo que pueda mantener a una familia. La falta de esperanza puede pudrir a una sociedad desde su interior.³⁷⁶

En la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, la Corte sostuvo que “En un Estado social de derecho las autoridades tienen la obligación de corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la población”. Si bien reconoce que esto debe hacerse a partir de medidas legislativas considerando que está sujeto a las apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema. La Corte se había referido en distintas ocasiones a la gravedad de la situación de protección de derechos de numerosas comunidades de personas.

La trasformación en la idea de Constitución formal por Constitución material es uno de los aspectos cardinales en la recepción del neoconstitucionalismo. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones Constitucionales condujo a la transformación de un modelo de Estado con un complejo sistema político-administrativo. En Europa, a principios del siglo pasado, se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); la evolución constitucional de Weimar en Alemania, y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. En Colombia, las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de derecho hacia un Estado social, o constitucional, de derecho, que procura no solo determinar reglas amplias de competencia, sino sustentar la garantía a los derechos que se les deben asegurar a los ciudadanos.

Al reconocer la situación de vulnerabilidad del grupo y el hecho de que las instituciones no están promoviendo medidas de política para remediar tales situaciones que comportan diversas violaciones de derechos, la Corte

³⁷⁶ Obama, Barack, *Nobel Lecture: A Just and Lasting Peace*. Nobelprize.org http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2009/obama-lecture_en.html. consultado el 9 de enero de 2010, traducción propia.

fundamenta el hecho de intervenir en la lógica política del Ejecutivo en materia de programación y ejecución del gasto público, al señalar una urgencia imperativa de atender determinado grupo a partir de las situaciones que se presentan en la violación de sus derechos de manera directa, como el caso del desplazamiento o estableciendo medidas y plazos para que las instituciones obligadas cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, como en el caso de las prisiones. Se violan más derechos humanos en las cárceles colombianas que en prisiones iraquíes de *Abu Ghraib*.

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La doctrina de creación jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática separación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social en un país tan particularmente garantista en sus normas como desigual en su realidad.³⁷⁷ La doctrina surge de la interpretación constitucional sistemática (preámbulo y catálogo de derechos) y de las renovadas prácticas jurisprudenciales, en virtud de las cuales se conciben de manera progresista las facultades otorgadas a la Corte para supervisar el cumplimiento de las órdenes que imparte.

La paradoja de ser un país desigual, pero con una amplia consagración de derechos sociales, que procuran crear las condiciones de igualdad material mínima para que las personas puedan disfrutar de los derechos de libertad, ha sido lo suficientemente señalada por la doctrina. La declaratoria de estados de cosas inconstitucionales ha comportado esencialmente la necesidad de proteger los derechos constitucionales (fundamentales y, particularmente en el caso del desplazamiento, sociales) de una comunidad numerosa de personas que por tiempo extendido han sufrido una violación sistemática de los mismos, y sin atención significativa cuando se realizaron las solicitudes por las vías ordinarias establecidas. Con la declaratoria se evita la congestión en los despachos judiciales, porque en caso contrario muchas personas acudirían a la tutela solicitando la misma protección.³⁷⁸

³⁷⁷ Se denominó “Estado de cosas contrario a la Constitución política”. SU-559 de 1997.

³⁷⁸ En la sentencia SU-090 de 2000 se había indicado que procede la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional si se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y si la causa de esa vulneración es imputable a otras instancias además de la demandada, porque reposa en factores estructurales.

La Corte estructuró dicha doctrina para juzgar, no un acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución. La Corte pretende contribuir a transformar la realidad más allá del caso concreto de la tutela, para que el contexto en el cual está inserto el caso se acerque cada vez más a los postulados constitucionales. Acumula expedientes de casos similares y decide casos complejos de manera conjunta.

Además de su fundamentación constitucional en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en los principios constitucionales, en el catálogo de derechos y en doctrinas como el efecto de irradiación de los derechos y la integridad de la Constitución, el estado de cosas inconstitucional encuentra fundamento normativo en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, en el cual se estipula que “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las acusas de la amenaza”.

Determinar el inicio y la superación de la declaratoria corresponde a la Corte, la cual asimismo ha precisado las ocasiones cuando se presenta. Dos condiciones son esenciales para declararlo en un caso concreto: violación de derechos fundamentales, que es, a la vez, sistemática y afecta a muchas personas que podrían por tanto recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos, y desprotección, que no solo es atribuible a la acción, o más bien a la inacción o acción insuficiente, de la autoridad demandada, sino que comporta factores estructurales.³⁷⁹

Las causas por las cuales se presenta están relacionadas con problemas estructurales en las políticas públicas, que consisten en acciones u omisiones estatales en el diseño, implementación y seguimiento de las mismas, como consecuencia de lo cual sistemática y prolongadamente se han omitido diversos tipos de garantías o se han vulnerado de manera directa y generalizada los derechos fundamentales de un número plural de personas que hacen parte de poblaciones desfavorecidas y vulnerables.

Además del deber que tiene la Corte de colaborar armónicamente con los órganos del Estado, otro criterio constituye la genealogía del concepto, a saber: la efectividad de la tutela como mecanismo procesal idóneo para la protección de derechos fundamentales vulnerados. Cuando la Corte observa una violación masiva y progresiva de derechos de un grupo determinado, se

³⁷⁹ Estas condiciones se han cumplido hasta la posterior sofisticación de la doctrina en la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, por ejemplo, en la SU-090 de 2000 (caso de omisión en pago de pensiones en el Chocó).

enfrenta al hecho de que miles de tutelas podrán ser presentadas por parte de otros afectados que solicitan la protección de los mismos derechos ante una situación similar de violación, lo cual claramente congestionaría los juzgados y tribunales. La Corte articuló ambas cuestiones al justificar dicha colaboración entre los órganos del Estado cuando el remedio administrativo oportuno puede evitar, en efecto, la excesiva utilización de la tutela por las miles de personas que se harían merecedoras de la misma protección constitucional.

La Corte ha justificado su progresismo en estos casos en la necesidad de que la función judicial no se repliegue en casos difíciles que implican tomar órdenes complejas. La violación sistemática, masiva y prolongada de derechos fundamentales a una población numerosa de personas se caracteriza como un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, empezando, como es lógico, por los funcionarios del Estado;³⁸⁰ un verdadero estado de emergencia social, una tragedia nacional que afecta los destinos de innumerables colombianos, y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas. Constatar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional implica reconocer el fracaso del constitucionalismo y sus valores fundacionales, pues ocasiona una tensión entre la organización política y la prolífica declaración de derechos constitucionales, respecto de la cotidiana exclusión de ese acuerdo de millones de personas.³⁸¹

El estado de cosas inconstitucional es una doctrina que se creó localmente para responder a las particularidades de un contexto social desigual y profundamente violatorio de derechos, pero con numerosas cláusulas constitucionales de realización progresiva. Precisamente por ello tuvo una fase de creación y luego otra de profundización y evolución. No se trata, sin embargo, de una doctrina acabada, pues, por ejemplo, subsiste el cuestionamiento por las condiciones de declaratoria de su superación o levantamiento en casos concretos.³⁸² La terminación del estado de cosas inconstitucional no está regulada normativamente.

³⁸⁰ Sentencia T-227 de 1997. La Corte tuteló los derechos de un grupo de desplazados que luego de invadir las instalaciones del Incora firmaron un acuerdo con el gobierno para ser reubicados en un predio, pero mientras se lograba la ejecución del acuerdo la gobernadora de Cundinamarca los acusó de estar vinculados a la guerrilla y ordenó a los alcaldes del departamento evitar problemas de orden público, incluida la limitación a la circulación de los campesinos desplazados, lo cual frustró el proceso de reubicación de los campesinos de dicho grupo. Esta sentencia siguió la advertencia de Francis Deng, representante del secretario general en las Naciones Unidas, en virtud de la cual “La negativa a recibir a los desplazados puede tener graves consecuencias para los derechos humanos”.

³⁸¹ Sentencias SU-1150 de 2000 y T-215 de 2002.

³⁸² Respecto del desplazamiento, Rodolfo Arango ha planteado tres preguntas, que deben abordarse antes de explorar la cuestión de la superación: ¿Cuándo se pierde la condición

Subsiste una indefinición doctrinaria de doble vía: hay casos donde si bien se ha proferido la declaratoria, pareciera que no se cumple con una falla estructural en la protección de un derecho, o en todo caso no se corresponde con las condiciones establecidas para la declaratoria; hay otros casos en los cuales se constata una violación masiva y reiterada de derechos que afecta a un número plural de personas, pero no se declara un Estado de cosas inconstitucional, aunque incluso se realizan preocupantes diagnósticos sobre el desamparo de derechos. Un ejemplo de lo primero es la declaratoria en el caso de la falta de concurso público para el nombramiento de notarios en propiedad; un ejemplo de lo segundo es la consagración iusfundamental de la salud en la sentencia T-760 de 2008, en virtud de la cual se profirieron órdenes generales típicas de la doctrina del estado de cosas inconstitucional.

La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos:³⁸³ a) omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio; b) violación de derechos de sindicados y reclusos (salud, seguridad social y por hacinamiento); c) falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos; d) inefficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición; e) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar, T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó, SU-090 de 2000); f) Desplazamiento, y g) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial.

Interesa analizar la génesis de la doctrina y su máximo estado de desarrollo y depuración. Para tal fin se sintetizarán los aspectos esenciales de las sentencias que constituyen ambos momentos de creación y desarrollo. En primer lugar, la omisión en la inclusión de docentes cotizantes al Fondo Prestacional del Magisterio en dos municipios de Bolívar y luego la declaración de estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado.

de desplazado?, ¿cuáles son los criterios para superar un ECI?, y ¿en qué relación están la satisfacción del mínimo vital y el goce efectivo de los derechos fundamentales con la superación de del ECI de la población desplazada? Arango, Rodolfo, *Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado*, documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008.

³⁸³ En sentencia C-288 de 2010, que declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 128 de 2010: “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”, la Corte cita una intervención ciudadana en la cual se hace referencia a una declaratoria “tácita” de estado de cosas inconstitucional en materia del derecho a la salud, a partir de la sentencia T-760 de 2008.

El número de tutelas que interponen los desplazados en muchas regiones del país comprueba que las causas violatorias de los derechos se siguen presentando, de lo cual se deriva que ha habido una inacción o una acción insuficiente por parte de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones. Otra particularidad de la doctrina es que no ampara los derechos solo de quienes interponen acciones de tutela, sino de quienes se encuentran en la misma situación.

Además de la formulación o implementación de políticas para remediar la violación de derechos, la Corte, dentro de las órdenes complejas que imparte en las sentencias que declaran un Estado de cosas inconstitucional, exige la coordinación de esfuerzos institucionales diseñar y poner en práctica planes de acción. Por esta razón, la doctrina ha promovido la colaboración entre diferentes organismos del Estado para contribuir a resolver la violación de derechos.

Caso 1: omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio

La Corte enfrentó en la SU-559 de 1997 la omisión de dos municipios del departamento de Bolívar en afiliar a los docentes del magisterio a su respectivo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Ni recibían las prestaciones sociales en materia de salud ni estaban afiliados a algún fondo, a pesar de que se les descontaba el 5% del salario para el pago de las respectivas prestaciones. En la sentencia se acumularon dos expedientes por parte de numerosos actores que llevaban varios años trabajando como docentes, respectivamente, en los municipios de Zambrano y de María la Baja, Bolívar. Instauraron acciones de tutela contra los alcaldes por no haberlos afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual les vulneraba sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y al trabajo.

Por ley deben ser afiliados al fondo los docentes del magisterio de todo el país que son financiados con recursos propios de los entes territoriales —departamento, distrito o municipio—. Ambos alcaldes reconocieron que los docentes no estaban afiliados a ningún fondo y que el municipio en efecto descontaba un porcentaje del salario mensual. El alcalde de Zambrano indicó que se estaban adelantando los trámites pertinentes para realizar la respectiva afiliación. Por su parte, el alcalde de María la Baja justificó el hecho en que el municipio no tenía recursos suficientes para hacerlo. Incluso expresó que no sería posible darle cumplimiento a la tutela en caso de que

se reconocieran las pretensiones. El dinero correspondiente al descuento se utilizaba para pagarles cuentas médicas.

A juicio de los juzgados promiscuos de instancia que conocieron las tutelas, había otros medios judiciales para lograr dicha protección. Adicionalmente, para el de Zambrano, como no se demostró amenaza real para la vida de los actores, no era necesaria la protección del derecho a la salud de los docentes vía tutela. En segunda instancia, por una parte, se sostuvo que no se probó el vínculo con el municipio, y por otra, se reiteró que se contaba con otros medios judiciales, y que no se probó la amenaza a un derecho fundamental. La falta de conexidad entre los derechos a la salud y a la vida hacía no tutelable el primero.

La Corte revocó los fallos de instancia y, con fundamento en el derecho a la igualdad, concedió la tutela, por lo cual a los municipios demandados se les dio un término para afiliar a los actores al fondo. El problema jurídico que encontró fue determinar la presunta violación, por parte de los alcaldes demandados, de los derechos fundamentales de los actores por haber omitido la afiliación a un fondo de prestaciones sociales a pesar del descuento salarial que se les realizaba. Analizó la política económica de la educación respecto de la distribución inequitativa del situado fiscal, que toma en consideración la distribución geográfica de los docentes, más que las necesidades reales de educación de la población escolar, el nombramiento de nuevos docentes sin contar con los recursos presupuestales necesarios que garanticen la remuneración completa y la concentración de los docentes en los centros urbanos en demérito de las necesidades de poblaciones que deben destinar muchos recursos propios para suplir la demanda por cupos escolares. En el caso de los maestros, el generalizado incumplimiento de obligaciones legales por parte de los municipios respecto de su afiliación tiene que ver directamente con estas cuestiones, las cuales configuran un Estado de cosas que contraviene preceptos constitucionales.

Analizó, de igual forma, tanto la relación alumno-docente por departamento en el país como los alumnos por docente oficial y número de docentes y directivos docentes en el departamento de Bolívar, por fuente de financiación. Probó con cifras del DANE o del Ministerio de Educación, tanto que era muy desigual la proporción de los docentes pagados con recursos del situado fiscal y los pagados con recursos propios de las entidades territoriales, como que un porcentaje reducido de los docentes del orden territorial había sido afiliado al fondo de prestaciones sociales del magisterio.

El ministerio informó a la Corte que de 1,061 municipios, solo 126 han afiliado a sus educadores al fondo conforme a la ley. Además de esta diferencia, se descubrió que el nivel de afiliación de los docentes al fondo,

con recursos propios de los municipios, era muy bajo. Era particularmente inequitativa la distribución del subsidio educativo mediante situado fiscal (recursos transferidos por la nación a las entidades territoriales) para el pago de los docentes oficiales. La importancia de este punto radica en que, como lo señala la Corte, el situado fiscal es la mayor fuente de recursos para la financiación de la educación oficial en el país.

No hay justificación para diferenciar las cargas que deben soportar los presupuestos municipales para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes, respecto del envío de recursos mediante el situado fiscal, por lo cual dicha desigual distribución del subsidio educativo nacional constituye una violación al principio constitucional de igualdad. Por ejemplo, en Antioquia y Quindío el subsidio supera más de diez veces la contribución que tienen que aportar los municipios para la remuneración de los docentes oficiales, mientras que en otros, como Chocó, Córdoba y Cauca, excede apenas el doble.

Respecto de los demandantes, ordenó afiliarlos al Fondo, pero considerando que la situación se extendía a un número alto de profesores que se encontraban en la misma situación, le fijó a la administración un plazo para hacer los estudios y las apropiaciones presupuestales necesarias para subsanarla. Tribunales superiores de distrito judicial no concedieron algunas tutelas o, conjuntamente con el Consejo de Estado, revocaron las tomadas por jueces de instancia tratándose del referido incumplimiento aduciendo razones como las siguientes: los actores podían contar con otros medios de defensa judicial y no habían demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, improcedencia de la acción, o porque lo pretendido correspondía a un derecho de rango legal.

Se dice en la sentencia que la tutela, si bien es un medio para proteger derechos fundamentales cuyo ámbito se restringe a las partes, en casos excepcionales las pretensiones de defensa de los derechos se pueden extender a un conjunto amplio de personas. Por las características de este caso no resultan suficientemente útiles las respuestas tradicionales de la Corte en tales casos (acumular procesos y responder en bloque, y reiterar jurisprudencia), ya que exigen que los interesados instauren la respectiva tutela; es decir, los efectos no se pueden extender a afectados indeterminados, potenciales o futuros.

El Estado de cosas constitucional surgió en este contexto por la pregunta de si la Corte, ante la constatación de un problema general violatorio de la Constitución que es al tiempo ocasionado por la estructuralmente equivocada ejecución de la política educativa, afecta a un número significativo de personas en todo el país —en este caso, decenas de miles de

maestros—, y si puede proferir una sentencia con órdenes precisas a las autoridades públicas competentes para que en periodos razonables adopten medidas para terminar con los factores que generan un Estado de cosas abiertamente inconstitucional.

Fundamentó la respuesta afirmativa en dos razones articuladas con sus funciones: a) deber de colaboración armónica con los órganos del Estado para la realización de sus fines (servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución) y no vio razón para diferenciar entre la notificación a la autoridad competente de la comisión de un delito en un fallo concreto, y la notificación de un estado de cosas violatorio de la Constitución; b) evitar la congestión en juzgados y, luego, en la propia Corte, por la presentación de numerosas tutelas con idénticas situaciones fácticas. No solo por eficiencia administrativa, sino también por escasez de recursos, la Corte encontró que exigirles a las instituciones del poder público el cumplimiento del mandato legal y constitucional, contribuye a reducir el número de causas constitucionales.³⁸⁴ Con objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado, el estado de cosas inconstitucional es un medio legítimo para realizar la función de guardar la integridad de la Constitución y propender por la efectividad de sus mandatos.³⁸⁵

Caso 2: desplazamiento forzado

Colombia se ha situado en los últimos años entre las naciones del mundo con mayor número de desplazados internos.³⁸⁶ La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que en las dos últimas décadas el 10% de la población colombiana ha sido víctima del delito de desplazamiento forzado interno; es decir, cerca de 4.000,000. El punto más álgido del desplazamiento fue entre 2000-2002, cuando se desplazaron aproximadamente entre 350 y 400 mil personas anualmente. La tendencia viene a la baja, pero aún se registran desplazamientos del campo hacia las principales ciudades.

³⁸⁴ Sentencia SU-559 de 1997.

³⁸⁵ En sentencia T-217 de 2000 la Corte reafirmó que la declaratoria de cosas inconstitucional requirió que el departamento de Bolívar corrigiera la falta de previsión presupuestal que afectaba la cancelación de mesadas pensionales de los empleados del departamento.

³⁸⁶ Las otras son Sudán, Ruanda, Irak y Afganistán. Cf. Colección cuaderno INDH Desplazamiento forzado tierras y territorio. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación. Bogotá, 2011. PNUD. www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7599 consultado el 22 de septiembre de 2013.

La Corte se ha ocupado del fenómeno del desplazamiento desde el control abstracto de constitucionalidad por las demandas contra la norma que enmarca jurídicamente la implementación de la política pública de protección a dicha población,³⁸⁷ así como por vía del control concreto, pues han sido miles las tutelas promovidas en procura de la defensa y protección inmediata de derechos.³⁸⁸

En el contexto de las novedosas cuestiones sobre las cuales se ha ocupado la Corte, el tratamiento a la población desplazada, y en general la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, ocupan un lugar destacado. El desplazamiento interno en Colombia, por causas relacionadas con el conflicto armado, se inició en la década de 1980. En 2004, la (macro) sentencia T-025 encontró, luego de haber proferido otros fallos de tutela para amparar en sus derechos a personas determinadas, que el problema de violación de derechos constitucionales de los desplazados por la violencia era particularmente grave por el número de afectados, el tiempo que tenían de padecer la desprotección y el hecho de que las causas reposaban en factores estructurales.

La sentencia T-025 de 2004 acumuló 109 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1,150 familias, pertenecientes a población desplazada. Los demandados fueron la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el INURBE, el INCORA, el SENA y los ministerios de Hacienda, Protección Social, Agricultura y Educación. La Corte sintetizó, en razón de las tutelas recogidas y sus propios precedentes en la materia, los derechos constitucionales afectados por el desplazamiento: vida en condiciones dignas;³⁸⁹ los derechos de los grupos especialmente protegidos (niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y ancianos);³⁹⁰ escoger lugar de domicilio;³⁹¹ libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación;³⁹² derechos sociales (educación,³⁹³ salud³⁹⁴

³⁸⁷ Ley 387 de 1997. “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

³⁸⁸ Sentencias T-038 de 2009.

³⁸⁹ Sentencias SU-1150 de 2000, T-1635 de 2000, T-327 de 2001 y T-1346 de 2001.

³⁹⁰ Sentencias T-215 de 2002 y T-419 de 2003.

³⁹¹ Sentencia T-227 de 1997.

³⁹² Debido a la afectación que sufren los desplazados en la materialización de sus proyectos de vida; SU-1150 de 2000.

³⁹³ Sentencia T-215 de 2002.

³⁹⁴ Sentencia T-645 de 2003.

y trabajo³⁹⁵);³⁹⁶ derecho a la unidad familiar³⁹⁷ y a la protección integral de la familia;³⁹⁸ integridad personal³⁹⁹ y seguridad personal;⁴⁰⁰ libertad de circulación⁴⁰¹ y derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir;⁴⁰² alimentación mínima; vivienda digna;⁴⁰³ el derecho a la paz; igualdad.⁴⁰⁴ A las entidades que hacían parte el entonces sistema de atención a la población desplazada se les dio órdenes complejas para que de forma coordinada realizaran acciones para superar las falencias estructurales que impedían una atención adecuada de la población desplazada.

El problema del desplazamiento en sede de análisis de constitucionalidad se ha enfocado, por parte de alguna literatura, desde una perspectiva reduccionista, según la cual la Corte apenas inició en 2004 con la sentencia T-025 la atención a los problemas de violación a derechos fundamentales que se derivan de la situación de desplazamiento. La atención de la Corte a este problema comienza incluso con antelación al establecimiento inicial de la política pública con la ley 1387 de 1997. La Corte había proferido una sentencia de tutela (T-227 de 1997), en la cual empezó a introducir elementos que con el tiempo configurarían la política pública sobre desplazamiento. Un componente que denominó “pedagogía constitucional” fue destacado como elemento omitido por la política que no podía ser eludido por el Poder Judicial.

Con antelación a la declaratoria se resolvieron numerosas tutelas concediendo derechos cuya garantía se solicitó en casos concretos: libertad de locomoción (un fallo); vivienda, derecho a escoger su lugar de domicilio y derecho al libre desarrollo de la personalidad (dos fallos); trabajo, garantía a la ayuda humanitaria de emergencia, protección contra actos discriminatorios, protección de los derechos de los niños y derecho de petición de solicitud de acceso a alguno de los programas de atención (tres fallos); vida e integridad personal, mínimo vital (cinco fallos); garantía de acceso efectivo a los servicios de salud (seis fallos); evitar que la exigencia del registro

³⁹⁵ Sentencia T-669 de 2003.

³⁹⁶ Sentencia T-098 de 2002.

³⁹⁷ Sentencia SU-1150 de 2000.

³⁹⁸ Sentencia T-1635 de 2000.

³⁹⁹ Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-327 de 2001.

⁴⁰⁰ Sentencias T-258 de 2001 y T-795 de 2003.

⁴⁰¹ Sentencia T-268 de 2003 (derechos de los desplazados internos, especialmente mujeres y niños; derechos sociales – alimentación, salud, educación).

⁴⁰² Sentencias T-227 de 1997.

⁴⁰³ Sentencias T-602 de 2003.

⁴⁰⁴ Sentencias T-268 de 2003.

como desplazado impida el acceso a los programas de ayuda (siete fallos) y educación (nueve fallos).

Desde 1997 hasta el 2009 la Corte ha proferido alrededor de 280 sentencias, en su mayoría de tutela y solo algunas de constitucionalidad.⁴⁰⁵ Solo

⁴⁰⁵ Sentencias T-215 de 2002 y T-885 de 2009. Las principales sentencias en las cuales se han tomado decisiones e impartido órdenes en desarrollo de la declaratoria con la T-025 de 2004, son además de las referidas atrás: T-419 de 2004, T-770 de 2004, T-813 de 2004, T-1094 de 2004, T-175 de 2005, T-254 de 2005, T-882 de 2005, y T-1076 de 2005 (función del registro único de población desplazada y derechos derivados de la condición de desplazado que debe garantizar el Estado), T-1144 de 2005 (dificultad en la prueba de la condición de desplazado, principio de buena fe en la declaración, indicios como elemento probatorio y primacía de la condición social respecto de declaraciones contradictorias del desplazado), T-284 de 2005, T-312 de 2005, T-563 de 2005, T-086 de 2006, T-138 de 2006 (amparo de salud), T-468 de 2006 (derecho sustancial prevalece sobre el procedimental en casos de sujetos de especial protección constitucional tratándose de inscripción en el registro nacional de desplazados), T-585 de 2006, T-695 de 2006, T-839 de 2006, T-919 de 2006, T-188 de 2007, T-136 de 2007, T-191 de 2007, T-273 de 2007 (procedencia de la agencia oficiosa en tutela), T-328 de 2007, T-334 de 2007 y T-490 de 2007 (derecho de petición), T-496 de 2007, T-559 de 2007, T-611 de 2007, T-612 de 2007, T-630 de 2007, T-688 de 2007, T-705 de 2007, T-704A de 2007, T-771 de 2007, T-966 de 2007, C-278 de 2007, T-057 de 2008, T-156 de 2008, T-216A de 2008, T-268 de 2008, T-285 de 2008 (eliminación del término para atención humanitaria de emergencia), T-297 de 2008, T-364 de 2008, T-391 de 2008, T-439 de 2008, T-451 de 2008, T-476 de 2008, T-560 de 2008, T-506 de 2008, T-596 de 2008, T-597 de 2008, T-605 de 2008, T-1034 de 2008 (exigencia a la Universidad de Cartagena de otorgar cupo especial a menor desplazado en amparo de los derechos de igualdad y educación), T-647 de 2008, T-704 de 2008, T-719 de 2008, T-721 de 2008, T-725 de 2008, T-787 de 2008, T-817 de 2008, T-868 de 2008, T-1095 de 2008, C-1011 de 2008, T-1105 de 2008, T-1115 de 2008, T-1238 de 2008, T-1135 de 2008, T-1259 de 2008 (respecto del amparo mediante tutela a personas que no están determinadas pero sí son determinables, cuyo nombre no se conoce al fallar, lo cual es una especie de excepción porque la tutela se interpone para garantizar la protección de los derechos de un sujeto concreto determinado), T-364 de 2008, T-1134 de 2008, T-463 de 2010, T-156 de 2008 (orden a la Agencia Presidencial para la Acción Social de inscribir en el Registro Único de Población Desplazada a peticionarios), T-458 de 2008 (el proceso de registro debe considerar que la definición legal de desplazado debe interpretarse sistemática y teleológicamente, y orientarse por el principio de interpretación más favorable a los derechos humanos —principio *pro homine*—), T-006 de 2009, T-967 de 2009, T-718 de 2009, T-585 de 2009, T-586 de 2009, T-600 de 2009, T-972 de 2009, T-739 de 2009, T-753 de 2009, T-085 de 2009, T-755 de 2009, T-742 de 2009, T-344 de 2009, T-038 de 2009 (prórroga de la atención humanitaria de emergencia al núcleo familiar del actor), T-064 de 2009, T-501 de 2009, T-343 de 2009, T-042 de 2009 (enfoque diferencial en la atención a las mujeres víctimas de desplazamiento), T-317 de 2009 (ayuda humanitaria de emergencia como materialización del derecho fundamental a la subsistencia mínima y sobre la consecuencia de la declaratoria respecto de obligación a las autoridades nacionales de adoptar un plan de acción que permita superar dicho estado), T-454 de 2010, T-514 de 2010, T-472 de 2010, T-085 de 2010, T-312 de 2010, T-581 de 2010, T-211 de 2010, T-169 de 2010, T-099 de 2010 (características de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional), T-068 de 2010, T-372 de 2010 (exigencia al Comandante del Batallón de

ocho han modificado aspectos sustanciales de la política, las cuales han partido tanto de aspectos puntuales como proferir órdenes concretas u ordenar que se expida un manual de enseñanza a los desplazados para que sepan cuáles derechos tienen, hasta aspectos muy generales donde se modifica la definición del problema público de desplazamiento, incluyendo nuevos componentes.

En concreto, la T-025 de 2004 definió tres problemas jurídicos relacionados fundamentalmente con la procedencia de la tutela para examinar acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada, con los contenidos y alcances de la política pública de atención a dicha población y la eventual vulneración de derechos fundamentales a partir de ello, así como con las reglas de procedibilidad de la tutela para casos en los que la violación de los derechos fundamentales es consecuencia de la política pública, así como con la presunta vulneración de derechos, porque se supedita su efectividad a la existencia de recursos que no han sido apropiados por el Estado.

Si bien la declaratoria no está regulada normativamente, la regla que se extrae de los análisis de la Corte presenta la versión más sofisticada de la doctrina. La situación de la población desplazada constituye un estado de cosas inconstitucional, porque se le vulneran los derechos fundamentales a

Apoyo de Servicios para el Combate núm. 18 de desincorporar como soldado bachiller al peticionario por ser desplazado, ya que en virtud de las resoluciones 2341 de 2009, 1700 de 2006 y 181 de 2005 del Ministerio de Defensa, los hombres en condición de desplazamiento obligados a definir su situación militar deben recibir como medida de protección inmediata una tarjeta militar provisional, siendo el único requisito que esté plenamente probado que se encuentre en condición de desplazamiento), T-287 de 2010 (si bien negó acción de tutela donde se solicitaba el amparo del derecho a una vivienda digna, debido a un agotamiento de recursos y a la falta de una política pública que tendiera el problema estructural de la falta de vivienda en la población desplazada, la revocó respecto de la determinación de que el subsidio al que tiene derecho la accionante debía aplicarse en el lugar de origen), T-265 de 2010 (al analizar la situación de la población desplazada la jurisprudencia ha “desarrollado una política pública” para satisfacer necesidades básicas consistentes en proponer parámetros de política diferencial en razón a los sujetos (niños, jóvenes, madres cabeza de familia, personas de tercera edad, grupos afro, indígenas) y en razón a las necesidades por satisfacer tales como ayuda humanitaria de emergencia, criterios de reparación, servicios de salud, acceso a educación y vivienda digna). Sobre los desplazados como sujetos de especial protección constitucional debido a su condición de vulnerabilidad manifiesta, se ha reiterado en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, T-790 de 2003, T-740 de 2004 (solicitud ante la Red de Solidaridad Social, el Inurbe, Fonvivienda y el ICBF de proteger derechos fundamentales como vida, salud, mínimo vital y vivienda por causas como la negativa a registrar nuevos desplazados, no suministrar ayuda humanitaria requerida (servicios de salud y subsidio de vivienda, así como el otorgamiento de créditos productivos), o no continuar con el suministro de dicha ayuda).

la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños, de forma masiva, prolongada y reiterada, como consecuencia de problemas estructurales en la política de atención. De esta forma, el Estado, por sus acciones y omisiones en el diseño, implementación y seguimiento de la política pública, ha contribuido de forma significativa a la violación de los derechos fundamentales de la población desplazada.

La ayuda humanitaria de emergencia que se otorga a la población desplazada cuando la Corte interviene en el proceso de formación de las políticas públicas señalando que un asunto determinado es un problema público que debe merecer la atención del Estado, debe garantizar el mínimo de protección de los derechos fundamentales, lo que implica la protección de los derechos contra amenazas, y la satisfacción del mínimo prestacional necesario para la satisfacción de los derechos. El desplazamiento forzado conlleva un desconocimiento grave, sistemático y masivo de derechos fundamentales,⁴⁰⁶ que implica la configuración de una especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en quienes lo padecen.

En 2003 la Corte sostuvo que el problema de desplazamiento, además de tenerse que convertir en una política de ayuda, de dar beneficios a los desplazados, implicaba la necesidad de considerarlos víctimas del delito de desplazamiento forzado, y, por ser víctimas, tienen otros derechos que no consideraba la política pública como tal; es decir, verdad, justicia y reparación. Así se han variado los niveles de intervención de la Corte tratándose de las líneas generales de la política pública estatal. Es particular el uso de los autos de cumplimiento mediante los cuales se ha apropiado del problema y seguir la política.⁴⁰⁷ No se requiere entonces petición de parte para intervenir en los casos.

Más allá de los detalles de los autos, importa resaltar, para los efectos de este texto, que la Corte definió doce componentes de la política pública y cinco enfoques diferenciales. Dentro de los primeros se encuentran atención y prevención, ayuda humanitaria de emergencia, vivienda, tierras, salud, participación, generación de ingresos, proyectos productivos, presupuesto y re-

⁴⁰⁶ Sentencia C-278 de 2007.

⁴⁰⁷ La Corte ha proferido alrededor de ochenta autos de cumplimiento a la sentencia T-025 de 2004. Dentro de los principales, se encuentran, núms. 176, 177 y 178 de 2005; núms. 334, 335, 336 y 337, 218, 266, 333 de 2006; núms. 27, 58, 81, 82, 101, 102, 109, 121, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 180, 200, 206, 207, 208, 218, 219, 233, 234, 236, 248, 249, 250, 251, 262 de 2007; núms. 052, 054, 237, 251, 284, 117, 116, 092, 093 de 2008; y núms. 314, 266, 225, 011, 004, 005, 008 (persistencia del Estado de cosas inconstitucional) y 009 de 2009.

gistro. Mujeres, niños, niñas y adolescentes, discapacitados, afro e indígenas, pero también se están trabajando dos enfoques que no están en los autos, que son tercera edad y población desplazada con orientación sexual diversa.

Las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el Ejecutivo.

La sentencia T-496 de 2007 detalló la jurisprudencia de la Corte sobre el registro único para la población desplazada, precisando las reglas y los principios que deben regular la interpretación de las normas sobre el tema: a) el bloque de constitucionalidad (artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los principios de los Desplazamientos Internos del Informe del representante del Secretario General de las Naciones Unidas); b) los principios de buena fe, favorabilidad y confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial propio del Estado social de derecho.

A partir de estas normas, señaló que el proceso de registro de un desplazado debe estar guiado por las siguientes reglas: a) informe pronto, completo y oportuno de los servidores públicos a los desplazados de sus derechos y el trámite que deben realizar para exigirlos; b) quienes diligencian el registro solo pueden exigir el cumplimiento de los trámites y requisitos expresamente previstos en la ley; c) respecto de las declaraciones y pruebas (en principio deben tomarse como ciertas) los indicios se reputan como pruebas válidas; las contradicciones en la declaración no son prueba suficiente de falta a la verdad; d) la declaración sobre los hechos constitutivos de desplazamiento debe analizarse de tal forma que se tengan en cuenta las condiciones particulares de los desplazados así como el principio de favorabilidad y e) debido a las particulares circunstancias en las que se encuentran las personas desplazadas, en algunos casos resulta desproporcionada la exigencia que está en la normatividad de que la declaración haya sido realizada en el término de un año.

La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrolla la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos sea

cumplido, y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia. Particularmente importantes son en este sentido los autos que ha expedido en cumplimiento de la sentencia, ya que constituyen un mecanismo novedoso para auditar la observancia de las órdenes impartidas.

Si bien se formularon criterios para identificar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional, su mayor desarrollo doctrinal se ha alcanzado precisamente en esta sentencia. Los factores valorados por la Corte para determinar si existe un estado de cosas inconstitucional, son: a) vulneración sistemática y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculado; d) falta de expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; e) como la causa de la vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales, la solución de la problemática que genera dicha vulneración compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional.

Debido a la gravedad de la situación y a la omisión legislativa por tratarlo, la Corte mantiene la competencia sobre el caso para poder dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia mediante distintas estrategias. En clave deliberativa, ha realizado audiencias públicas, en las cuales cita e invita a distintos actores involucrados en el fenómeno del desplazamiento. Ha promulgado de autos en los que se evalúa la respuesta por parte de las autoridades responsables a las órdenes impartidas. En este sentido, creó en abril de 2009 una sala especial de seguimiento a la sentencia con el fin de analizar el progresivo estado de superación del estado de cosas inconstitucional de conformidad con el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas y de las órdenes impartidas en la sentencia y sus autos.

VI. ÓRDENES COMPLEJAS PARA ASEGURAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS: EL AGUA

Para reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social, la Corte entonces ideó el recurso del estado de cosas inconstitucional, que se ha usado en circunstancias excepcionales. Otra forma como

ha enfrentado las violaciones graves a derechos fundamentales que afectan a una población plural de personas es impariendo órdenes complejas. En los estados de cosas inconstitucionales se imparten órdenes complejas, pero hay casos donde éstas se imparten sin que se declare dicho estado.

Cuando el juez constitucional constata que se violan derechos o que alguna amenaza inminente se cierne sobre ellos, no se puede excusar en encontrar remedios e impartir órdenes aduciendo la complejidad de la situación y los desafíos de diversa índole que plantea. No puede justificar su falta de activismo en los trámites administrativos que implica y los cuantiosos recursos presupuestales que compromete la solución del problema, ni mucho menos en que se trata de funciones de otros organismos del Estado. “El juez constitucional tiene el deber de preguntarse... qué tipo de órdenes puede dar para subsanar las omisiones, negligencias o simples trabas burocráticas que impiden tomar las medidas para eliminar o atenuar el riesgo de que se presente una nueva y grave vulneración de derechos fundamentales”.⁴⁰⁸

Dentro de los principales ejemplos de sentencias que han impartido este tipo de órdenes se encuentran la que elevó la salud a estatus iusfundamental⁴⁰⁹ y la que justificó igualmente la naturaleza de derecho fundamental al agua potable y el reconocimiento de su protección mediante tutela. El análisis se concentrará en esta última. Es relevante precisar, en primer lugar que una orden de tutela es simple

cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que superan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno.⁴¹⁰

Las órdenes complejas son “mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el con-

⁴⁰⁸ Sentencia T-974 de 2009, énfasis añadido.

⁴⁰⁹ En la sentencia T-760 de 2008 se impartieron una serie de órdenes complejas a diversos órganos encargados de regular, controlar, inspeccionar y vigilar el sector de la salud. Las órdenes estaban orientadas a remover algunos de los principales obstáculos al goce efectivo de tal derecho de salud.

⁴¹⁰ Sentencia T-086 de 2003.

curso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública”.⁴¹¹

Desde una de las primeras y célebres sentencias, la T-406 de 1992, la Corte empezó a argumentar acerca de la naturaleza fundamental del derecho al agua.⁴¹² En este caso una empresa de servicios públicos no había terminado la reparación de un alcantarillado, por lo cual un grupo de ciudadanos no tenían acceso al agua cerca a su casa. La Corte sostuvo entonces que la empresa había cometido “una clara violación a un derecho fundamental”. Desde esa sentencia se estructuró la regla sobre la justiciabilidad del derecho al agua mediante tutela. La condición es que se compruebe en el caso concreto la afectación directa del mínimo vital en dignidad o de otros derechos y principios constitucionales fundamentales (dignidad, vida y derechos de los disminuidos).⁴¹³

En sentencia T-740 de 2011 se sostuvo que el derecho al agua es fundamental, debido, por una parte, a su conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana,⁴¹⁴ y por otra, a que así es reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 15, por un informe de la Organización Mundial para la Salud, que establece la cantidad mínima que necesita una persona para satisfacer sus necesidades básicas, y por sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

⁴¹¹ Sentencia T-086 de 2003.

⁴¹² La jurisprudencia constitucional que desde entonces se ha construido en materia del derecho al agua ha sido coherente. Entre otras, a la línea la integran las sentencias: T-432 de 1992, T-570 de 1992, T-578 de 1992, T-232 de 1993, T-064 de 1994, T-140 de 1994, T-244 de 1994, T-463 de 1994, T-023 de 1995, T-092 de 1995, T-196 de 1995, T-207 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-481 de 1997, T-237 de 1998, T-598 de 2002, T-643 de 1998, T-636 de 2002, T-410 de 2003, T-576 de 2005, T-022 de 2008, T-1115 de 2008, T-045 de 2009, T-381 de 2009, T-546 de 2009, T-701 de 2009, T-734 de 2009 y T-974 de 2009.

⁴¹³ La sentencia T-578 de 1992 definió los requisitos para admitir tutelas en caso de amparo al derecho al agua, a saber: la vulneración o amenaza debe recaer sobre un derecho fundamental, no debe existir otro medio de defensa judicial y la tutela debe ser procedente como mecanismo transitorio a pesar de existir otro medio de defensa judicial.

⁴¹⁴ Este punto se había afirmado igualmente en sentencia T-616 de 2010, donde se sostuvo que el derecho al agua es un presupuesto esencial para el goce de derechos como el de la educación, dada su innegable necesidad a la hora de disponer el funcionamiento de un establecimiento educativo; el derecho al ambiente sano; dadas las propiedades sanitarias y de salubridad que el agua trae consigo; y los derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, considerando que para comunidades indígenas y afro el agua es un elemento de especial importancia. Sobre el acceso al agua y su importancia para la vida humana, véanse las sentencias T-578, de 1992, T-207 de 1995, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-270 de 2007 y T-022 de 2008.

Humanos.⁴¹⁵ En la Observación núm. 15 se entiende el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Toda vez que la Constitución permite la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos, los casos donde se enfrenta la libertad de empresa con el derecho al agua, porque un usuario no paga y por lo tanto le suspenden el servicio, plantean una interesante tensión entre, por un lado, el legítimo derecho de lucro que tienen las empresas privadas que prestan el servicio de agua potable, y por otro, el derecho fundamental al agua en conexidad con la vida, la dignidad y el mínimo vital. Aunado a lo anterior se encuentra la importancia de llevar a la práctica las doctrinas de la fuerza de irradiación de los derechos y de su efecto horizontal. Lo primero porque desde la esfera de protección de un derecho se controvierte el contrato suscrito entre la persona afectada y la empresa, que, como sanción por no pago, cancela el servicio. Lo segundo, porque los derechos tienen fuerza no solo respecto del Estado, sino también de los particulares, y en este caso de quien presta un servicio público. Ambas doctrinas han sido reivindicadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional repetidamente.⁴¹⁶

La Corte concedió la tutela, y a pesar del no pago protegió el derecho del requirente. A pesar de que el demandado era la junta administradora de un acueducto en vez del Estado, impartió las siguientes órdenes: al Estado en cabeza del municipio donde habita la accionante “asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua” que le fuera proporcionada a la accionante y a su grupo “familiar” como garantía mínima del suministro de este recurso. Y a la empresa prestadora del servicio, restablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante y revisar los acuerdos de pago suscritos entre ella y la junta para encontrar alguna forma según la cual la accionante pudiera ponerse al día en sus obligaciones. Si la accionante prueba que no cuenta con los medios para financiar la deuda, la junta debe proveerle por lo menos cincuenta litros de agua al día por cada persona que habite en su vivienda. Le indica dos medios para cumplir con esta orden: utilizando un reductor de flujo que garantice por lo menos dicha cantidad o proveyendo el recurso de una fuente pública del recurso hídrico que le asegure el suministro de la cantidad de agua señalada.

⁴¹⁵ Casos de las comunidades indígena Yakye Axa (de 2005) y Sawhoyamaxa (de 2006) contra Paraguay.

⁴¹⁶ Véase, por ejemplo, Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia, cit.*; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos, cit.*

Conforme a la sentencia T-418 de 2010,⁴¹⁷ cuando un juez imparte órdenes complejas debe tener en cuenta que sus medidas sean realmente efectivas, por lo que podrá suponer una supervisión directa o comisionar al órgano competente a hacerla, y se enmarquen dentro del respeto al estado social de derecho, y no desconozcan las particulares competencias democráticas y administrativas constitucionalmente establecidas. Para definir las órdenes debe igualmente promover en la medida de lo posible la participación de las partes, de las autoridades encargadas, de las personas afectadas y de quienes conozcan la situación, por experiencia o estudios, entre otros.

Si bien el juez tiene una amplia discrecionalidad para impartir órdenes complejas, se impone una necesaria cautela al momento de concebir el remedio, ordenarlo y vigilar su cumplimiento. Debido a la complejidad de las órdenes, a la variedad de actores que deben realizarlas y al tiempo que pueden requerir, se reducen las posibilidades del juez de prever los resultados de su decisión. El juez debe ser razonable al determinar órdenes específicas para que no sean absurdas o imposibles de cumplir.⁴¹⁸

La jurisprudencia también ha distinguido dos partes que constituyen el fallo:

la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado. El principio de la cosa juzgada se aplica en términos absolutos a la primera parte del fallo, es decir, a lo decidido. Por lo tanto, la decisión del juez de amparar un derecho es immutable y obliga al propio juez que la adoptó.⁴¹⁹

Dos razones fundamentan la competencia del juez para adoptar medidas que corrijan situaciones determinadas. La primera es el mandato a las autoridades estatales de garantizar el goce efectivo de los derechos por sobre las eventuales dificultades prácticas y trabas formales. Una sentencia se tiene que materializar en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. La segunda es que la solución para garantizar un derecho puede implicar órdenes complejas en vez de simples, las cuales se ejecuten en tiempo prolongado y mediante una decisión que vincule a varios entes.⁴²⁰

⁴¹⁷ Para las órdenes complejas que se impartieron en la T-418 de 2010, véanse los puntos 6.1 y ss. de la sentencia.

⁴¹⁸ Sentencia T-086 de 2003.

⁴¹⁹ Sentencia T-086 de 2003.

⁴²⁰ Sentencia T-086 de 2003.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN. APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el contexto colombiano, el Poder Judicial es un verdadero poder político, porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias, en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. Doctrinas como el efecto de irradiación y la vinculación a los derechos fundamentales, no sólo de los órganos estatales sino también de los particulares, han propendido por una efectiva constitucionalización del derecho en Colombia.⁴²¹ Los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. No son además los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. La amplitud del catálogo de derechos no sólo se explica por aquellos consagrados en la Constitución, sino que con la expedición de una nueva carta en 1991 Colombia se inscribió en el movimiento internacional en virtud del cual los tratados de derechos se incorporan a las Constituciones. Una de las causas de esta modernización del sistema de derechos es que se haya establecido como razón de ser del Estado-aparato la protección y garantía de los derechos.

El rol judicial no cuenta ya con el supuesto de un ordenamiento jurídico claro, completo y coherente, como se pensaba desde la jurisprudencia conceptual en Alemania y la Escuela de la exégesis en Francia. En la actualidad es decisiva su contribución en la creación y desarrollo jurisprudencial del derecho, así como en la protección de la Constitución mediante su aplicación a partir de la idea de naturaleza normativa y fuerza vinculante. Además de validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico (superioridad), la Constitución exige la aplicación directa de las garantías, los valores y los principios que la fundamentan (integridad).

La Constitución se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público, porque las normas constitucionales de carácter dogmático garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados, por lo que también determinan muchas veces aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer. Ello torna imperativa la actuación de la Corte en casos de masivas, reiteradas y prolongadas violaciones sistemáticas de derechos fundamentales a poblaciones plurales.

⁴²¹ Sobre los problemas de infraconstitucionalización, constitucionalización y sobre-constitucionalización, véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, cit.*

En el punto de intersección de la justicia constitucional con las políticas públicas hay que destacar que, como toda política pública, la principal característica de la declaratoria de un Estado de cosas inconstitucional es su efectividad. Esto tiene relación con su función política, y en particular con lo que se puede explicar desde el proceso de formación de las políticas públicas: identificar un asunto y justificar que sea definido como problema que debe fijarse en la agenda. Sobre dicho proceso, respecto del sistema institucional colombiano, habría que decir que el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al Poder Ejecutivo, incluyendo los entes territoriales (de conformidad con lo establecido por el artículo 115 constitucional), al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña (propuesta programática o como se denomine) que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo.

Por tanto, otras instituciones como las pertenecientes a la rama judicial deben participar en el proceso de formulación de las políticas públicas. Lo que se entienda por política pública puede derivar en que hay en efecto intromisión de la Corte en dicho proceso, porque muchas veces se considera que cualquier actuación del poder público para atender determinada cuestión social es una política pública.⁴²² Es importante destacar que más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendientes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte respeta la competencia del Ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla.

La justificación de figuras como el estado de cosas inconstitucional y las órdenes complejas que se imparten para atender casos de violaciones generalizadas a derechos radica en la imposibilidad de que el juez constitucional, so pretexto de no invadir esferas de otros poderes, contemple indemne una situación, una realidad, contraria a la Constitución. Su función le exige cumplir con el goce efectivo de los derechos.

En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable,

⁴²² Véase el diagnóstico y la crítica de Cuervo, Jorge Iván, "Las políticas públicas y el marco normativo colombiano", *Política Pública Hoy*, Boletín del Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, vol. 3, año 1, abril de 2010.

específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana.⁴²³

La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas al principio y al final del mismo. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. En concreto, tres etapas se pueden identificar en el rol que ha asumido la Corte respecto de la política concreta: *a)* interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho; *b)* imparte otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional; *c)* además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece plazos. En el diseño del remedio en el cual articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es acompañado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado.

La Corte no se desentiende del caso luego de impartir las órdenes, sino que exige que le rindan informes periódicos. El trabajo del juez cuando imparte órdenes complejas no termina con el “resuelve”, sino que precisamente ahí empieza, porque debe supervisar y controlar los grados de cumplimiento. Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización de la doctrina. Ello se observa desde la sentencia que lo declaró por vez primera (SU-559 de 1997) hasta la versión más sofisticada de la misma (T-024 de 1995). En virtud de las declaratorias, ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos. No obstante el —muchas veces— criticado activismo judicial y la objeción relativa al papel colegislador de los jueces,⁴²⁴ es adecuada la atri-

⁴²³ Sentencia T-760 de 2008.

⁴²⁴ El debate en Colombia es amplio y complejo, pues ha vinculado diversos enfoques críticos, descriptivos y apologéticos. Más o menos se caracteriza por las posturas presentadas

bución de competencias a la Corte Constitucional en materia de realización del proyecto de Estado social de derecho y, sobre todo, apropiada según el diseño institucional que se adoptó en 1991.

Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden tener un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueva la participación.⁴²⁵

La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo que ilustra esta característica que se atribuye a la Corte, y el cual asimismo otorga un argu-

y los argumentos sustentados en obras: Morelli, Sandra, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado, 1997; *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Universidad de los Andes, 2001; Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones colombianas en el siglo XX*, Bogotá, Alfaomega-Cambio, 2001; Alesina, Alberto, *Reformas institucionales en Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2001; García Mauricio *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, cit.; De Sousa Santos, Boaventura y García, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, cit. Un buen ejemplo en la discusión se suscitó por la sentencia que declaró inconstitucional el sistema UPAC y ordenó que fuera reemplazado por otro, pero adicionalmente indicó los parámetros que debían seguirse (C-700 de 1999). El asunto materia de discusión tiene que ver en parte fundamental con la “competencia” de la Corte, no sólo en su acepción de atribución legítima para la resolución de un asunto; es decir, la competencia funcional, sino incluso respecto de su idoneidad para intervenir en asuntos económicos. Por un lado se objeta la jurisprudencia de la Corte, y se oyen manidas amenazas a la reducción legislativa de sus competencias funcionales, porque no tiene la potestad constitucional ni legal de proferir sentencias con contenido económico o que impliquen erogaciones presupuestales para el gobierno; por otro, se critica la falta de conocimiento de los magistrados en materias como hacienda pública, presupuesto y, en general, economía. Sobre esta cuestión, pero sustentando puntos de vista distintos, *cf.* Uprimny, Rodrigo “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, junio, 2001; Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, cit. Desde los influyentes trabajos de Ignacio de Otto se ha reunido un más o menos sólido consenso en cuanto a que la Corte Constitucional es un legislador, opera en la práctica como un legislador, pero como uno negativo porque no propone *motu proprio* leyes ni cambios a la Constitución; es decir, no actúa positivamente, pero en efecto cuando declara inconstitucional una ley o un acto legislativo (reformatorio de la Constitución) legisla en la medida en que contribuye en la configuración de lo que hace parte del derecho en un país en un contexto determinado.

⁴²⁵ Entrevista de Vladimir Chorny, Leonardo García J., Lucas Arrimada *et al.*, a Manuel José Cepeda, para el programa radial *Última Instancia*, México, UNAM, http://ultimainstancia.podomatic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00 consultado el 15 de octubre de 2011.

mento adicional al planteamiento conforme al cual esta institución ha sido en general respetuosa de las funciones y competencias de los otros organismos del Estado. La Corte ordenó al gobierno nacional que, en tres meses, diseñara una política pública nacional para enfrentar los efectos nocivos que para el ambiente tiene la actividad minera. Exigió que se tuvieran en cuenta las recomendaciones que en la materia viene haciendo la Organización Mundial de la Salud. Encargó a organismos de control el examen del cumplimiento de las órdenes impartidas, y en particular a la Defensoría del Pueblo, la verificación del cumplimiento de la orden relativa a los derechos de las víctimas.

Respecto de las políticas públicas, han adquirido singular relevancia las comisiones de regulación y el rol que han desempeñado en el desarrollo de las provisiones constitucionales. La discusión relevante en Colombia se dirige más bien, tratándose de las competencias, hacia una presunta intrusión en las funciones del Legislativo, y particularmente del Ejecutivo, porque la Corte termina formulando políticas públicas en algunas de sus sentencias, con lo cual destruye el ámbito funcional y presuntamente altera el equilibrio de poderes en la medida en que la rama del poder público que es precisamente la única a la que no se le atribuye la competencia de formular políticas públicas es la que en la práctica lo hace impariando órdenes, exigiendo reportes acerca del cumplimiento, etcétera. La importancia de contar con una definición de política pública que diferencie entre las acciones del gobierno comúnmente referida como política pública, de otras acciones de gobierno, así como de las acciones de los organismos del Estado y los poderes públicos, se expresa en asuntos como este.

En tanto cálculo anticipado de ingresos y gastos en los que se incurrirá en el desarrollo de una medida de política pública, el presupuesto es apropiado por la autoridad gubernamental, que en el sistema colombiano tiene competencia funcional para ello, en la medida en que también es esencial la determinación del periodo en el cálculo presupuestal. El artículo 208 constitucional, que integra precisamente el capítulo sobre los ministros y directores de los departamentos administrativos, preceptúa que a estos funcionarios, bajo la dirección del presidente, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

La Constitución también indica que, como cualquier proyecto de ley, la ley del plan presentada por el gobierno, en particular por el ministro de Hacienda y con importante participación del Departamento Nacional de Planeación, debe surtir el trámite legislativo ordinario en donde se le insertan, retiran o modifican materias, prioridades o asuntos presupuestales, entre

otros. En el Plan Nacional de Desarrollo deben quedar al menos enunciados los temas que serán objeto de política pública.

Cuando el proyecto de la ley del plan es sometido por parte del gobierno a consideración del Congreso, las dos ramas del poder público con representación popular contribuyen en su configuración. El diseño originario es no obstante potestad, y responsabilidad, del Ejecutivo. Respecto de la política pública el Congreso con las leyes formula marcos normativos donde hay directrices a partir de las cuales se formulan las políticas públicas. Ahora bien, subsiste la pregunta por el rol adecuado de integrar la función de la Corte en el proceso de las políticas públicas. La superioridad de la Constitución se guarda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, leyes o actos legislativos, que contrarían sus mandatos y preceptos; la integridad de la Constitución se guarda desarrollando normativamente las provisiones que en forma de garantías iusfundamentales se incluyeron siguiendo una tendencia trasmisional que además pugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional.

El estudio de la Corte en la omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio arrojó que la irregularidad denunciada por los tutelantes no sólo afectaba a los municipios demandados, sino que responde a un problema estructural que perjudica a un alto número de profesores en todo el país, y cuyas causas tenían que ver más bien con la forma de ejecutar la política educativa de manera desordenada e irracional. En el caso del desplazamiento forzado interno a causa de la violencia rural, las acciones del Ejecutivo y el Legislativo, así como los recursos destinados para atender a la población desplazada, son insuficientes para garantizar derechos fundamentales efectivamente violados.

Ante constataciones de esta magnitud está justificado el activismo, por lo que en consecuencia el juez constitucional puede ordenar a las autoridades que, dentro de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para remediar la situación de la población desplazada, inclusive que se apropien los recursos necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sin que ello signifique la orden de gastos no presupuestados ni la modificación de la política diseñada por el legislador.

Los tribunales constitucionales son actores políticos singularmente relevantes en la edificación de una democracia constitucional, como lo ha demostrado la Corte colombiana, que ha sido protagonista institucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Desde sus mismos inicios cuando la integraban siete magistrados por un artículo transitorio de

la Constitución, se inició la configuración de lo que ahora es una jurisprudencia sólida en algunas materias, rigurosa en su argumentación y particularmente enfocada en el acceso a la justicia de quienes tradicionalmente han estado por fuera del amparo judicial de sus derechos. En general, en Colombia no se ha presentado una obsequiosidad del tribunal, ni con el Poder Ejecutivo al fallar políticamente según preferencias,⁴²⁶ ni con la opinión pública al resolver casos complejos conforme los dictados de mayorías.

Se procuró presentar argumentos relativos al momento en el cual la Corte interviene, pues la variable relevante en la discusión es que lo hace al inicio, señalando un problema y sustentando que debe merecer la atención estatal, y luego al final evaluando los resultados de las políticas diseñadas e implementadas por el gobierno. Si se examina específicamente cómo impacta lo que dice la Corte sobre la política pública del desplazamiento, tanto en la sentencia como en los autos, no está diciendo que la está creando, sino que en principio tiene unos efectos sobre la referida política.

Dentro de los problemas respecto de la política pública que tiene la intervención de la Corte Constitucional, podría destacarse el siguiente: como las sentencias de tutela si bien tienen carácter vinculante no tienen la capacidad de suprimir del ordenamiento lo establecido en la política, en la ley o el decreto que regula la política, se puede presentar el caso de que haya dos políticas: una que establecen legalmente el gobierno y el Congreso, y otra que se establece jurisprudencialmente, lo cual ocasiona que haya una política que se aplica para todos, que es la que se consagra en la ley, y otra política, que surge a petición de parte, que es la que se pide a cada juez. Esto trae contradicciones en la teoría de las políticas públicas, que supone que, aunque sea focalizada, se le debe dar al grupo y no por procedimientos distintos a los que establece la misma política.

Un problema que trajo progresivamente aparejada la jurisprudencia sobre desplazamiento es que las modificaciones introducidas no se encontraban organizadas. La Corte intentó remediar la falencia de tener una política pública dispersa en muchísimas sentencias que habían sido proferidas desde 1997 cuando inició con tutelas puntuales, hasta la declaratoria en 2004. Más que modificar la política sobre desplazamiento, esta sentencia organizó la jurisprudencia previa respecto del diagnóstico del problema y la postura de la Corte.

⁴²⁶ Esto para matizar la afirmación de Juan Carlos Rodríguez Raga respecto de la obsequiosidad de la Corte Constitucional colombiana con el Poder Ejecutivo, en su trabajo “Strategic Constitutional Review: The Case of Colombia, 1992-2006”, *Midwest Political Science Association*, 2008.

La T-025 de 2004 planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional, pero fue a través de los autos, el 07, y en particular el 08, que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, las que en realidad configuraron la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este auto ordena al gobierno la reformulación por ejemplo acerca de verdad, justicia y reparación, acerca de tierras, de vivienda. A raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial, porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial (mujeres, afrocolombianos, indígenas). Estos enfoques diferenciales son trasversales a todos los componentes de la política, como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendientes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La declaratoria de estados de cosas inconstitucional ha procurado precisamente orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disociación entre las medidas políticas. En caso de que no se contara con la forma de proferir normas y autos de cumplimiento en desarrollo de las declaratorias, podría llegar a haber un caos institucional por el mandato legal que orienta una política y el mandato jurisprudencial que ordena otra distinta.

Debido a que las teorías y doctrinas jurídicas receptadas surgieron en contextos que, como el alemán o el estadounidense son democracias constitucionales más o menos justas (aunque no perfectamente justas), cuyos respectivos sistemas jurídico-políticos son en su mayor parte bien ordenados (Rawls), resulta importante, por un lado, reiterar que el proceso de recepción de doctrinas jurídicas es —más que adoptativo— adaptativo; es decir, que debe responder a las particularidades sociales y políticas, así como a los marcos jurídicos del contexto de recepción; y por otro lado, resulta también significativo destacar que la doctrina del estado de cosas inconstitucional puede constituirse en un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit generalizado en la protección de derechos.

La Corte colombiana es considerada en Iberoamérica una de las más proactivas, la que más ha judicializado problemas públicos y de la política.

Desde muchos sectores se ha sostenido que debido a que los derechos sociales son prestacionales, deben desarrollarse mediante políticas públicas diseñadas por los actores tradicionales. Es particularmente relevante analizar desde qué punto definen los problemas públicos, cómo es el tratamiento de la cuestión, cuál es el impacto de sus decisiones en este contexto respecto de la modificación de la agenda que logra, y en qué medida, modificar el diseño de las políticas que han hecho los actores tradicionales; es decir, el Ejecutivo y el Legislativo.

El problema de los desplazados ha sido una labor interesante para el derecho constitucional colombiano, por los recursos ideados y la forma armónica de gestionar instrumentos y recursos escasos, así como por la necesidad de recurrir a la cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública. Este caso, interesante por el tamaño de la población beneficiaria de las medidas, ha sido un experimento en marcha, tanto por las posibilidades como por los límites de alcanzar verdaderos y durables grados de progreso social vía progresismo jurisprudencial. La Corte visibilizó muchos problemas sociales permitiendo así que adquirieran significación política, constituyéndose en un actor importante en el proceso de formación de las políticas públicas. Esto ha definido de forma inédita en la historia colombiana el rol institucional de la Corte Constitucional y ha constituido un referente global acerca de los límites y posibilidades de alcanzar el progreso social vía progresismo jurisprudencial.

CAPÍTULO QUINTO

CONTEXTO DE DISCUSIÓN Y ELEMENTOS MEDULARES DE LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA

El hombre ha nacido para la felicidad y la libertad, y, sin embargo, ¡es esclavo y desgraciado en todas las partes! ...los votos de los débiles no tienen otro objeto que la justicia y la protección de las leyes bienhechoras.... Las pasiones del hombre poderoso tienden a elevarse por encima de las leyes justas o a crear leyes tiránicas... Hasta hoy el arte de gobernar no ha sido más que el arte de despojar y de sojuzgar al gran número en beneficio del pequeño número, y la legislación el medio de convertir sus atentados en sistema.

Robespierre, Discurso a la Asamblea,
el 10 de mayo de 1793.

I. INTRODUCCIÓN

En un análisis sobre el estado actual de los sistemas políticos y el funcionamiento de las democracias latinoamericanas, no resulta infundado sostener que se atraviesan malos momentos. Las clases políticas tradicionales o las nuevas que han conseguido el poder, así como las instituciones públicas en general, gozan de muy poca credibilidad y hay una extendida desconfianza en sus representantes, porque actúan con independencia de las necesidades ciudadanas reales.⁴²⁷ Los padecimientos que sufren los sistemas políticos lati-

⁴²⁷ Rodríguez, Juan Carlos y Seligson, Mitchell, *Cultura política de la democracia en Colombia, 2011. Actitudes democráticas en la sucesión*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, pp. 49 y ss.; García Villegas, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo (coords.), *Mayorías sin democracia*, Bogotá, Dejusticia, 2009.

noamericanos facilitan la aprobación de medidas parcializadas. Los grupos de intereses más poderosos ejercen una indebida influencia sobre el proceso político. Por estas influencias el sistema político en conjunto tiende a sesgarse a favor de cierta ideología o a favor de ciertos grupos, lo que termina menguando el tan importante valor de la imparcialidad en la política. El proceso de toma de decisiones en el escenario legislativo está dominado por intereses políticos, empresariales y fuerzas de mercado, y es siempre dependiente de la coyuntura impuesta por el cabildeo.⁴²⁸

Si bien el cabildeo y la agregación de preferencias privadas en el proceso político son (no males necesarios, sino condiciones) inevitables, las virtudes que le incorpora la deliberación a tal proceso resultan esenciales si se quieren construir sistemas políticos más justos y vinculantes, y si, en últimas, pretendemos constituirnos como ciudadanía en una fuente autooriginante de pretensiones y reclamos, como diría Rawls. En este punto la pregunta que surge es, en tanto ideal regulativo y concepto normativo, ¿la teoría de la democracia deliberativa es adecuada para concebir los procesos reales de toma de decisiones imparciales en la política pública?

En política, la prescripción no es menos importante que la descripción. Aquello que la democracia *es* no puede separarse de lo que *debiera ser*. La democracia existe en tanto existan sus valores, como enfatiza Sartori.⁴²⁹ Aunque la *Realpolitik* está a distancias siderales de los presupuestos normativos que sustentan teorías políticas contemporáneas como la deliberación democrática, y aunque el ideal de una sociedad civil comprometida con los asuntos públicos está, para muchos críticos,⁴³⁰ indefectiblemente condenado

⁴²⁸ Sobre la distinción entre votación y negociación, véase Manin, Bernard, “On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, vol. 15, núm. 3, 1987, pp. 352-353; Cohen, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en Hamlin Alan y Pettit Philip (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Oxford, Blackwell, 1989, pp. 21 y ss.

⁴²⁹ Sartori, Giovanni, “Neither Presidentialism nor Parliamentarism”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (eds.), *Presidential or Parliamentary Democracy*, John Hopkins University Press, 1990.

⁴³⁰ No se revisa la literatura crítica sobre la democracia deliberativa. Conviene, no obstante, mencionar algunos trabajos influyentes en este punto, tales como Posner, Richard, “John Dewey and the Intersection of Democracy and Law”, en Khalil, Elias L. (ed.), *Dewey, Pragmatism, and Economic Methodology*, London, Routledge, 2004; “Smooth Sailing”, *Legal Affairs* enero-febrero, 2004; Michelman, Franz, “How Can the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, en Bohman, James y Rehg, William (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1997. Las principales críticas al modelo deliberativo se encuentran en Shapiro, Ian, “Enough of Deliberation. Politics is about Interests and Power” y Fish, Stanley, “Mutual Respect as a Device of Exclusion”, ambos en Macedo, Stephen (ed.), *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Young, Iris M., “Activist Challenges to Deliberative

a permanecer en un ideal, porque para remediar las profundas y estructurales falencias presentadas por las sociedades actuales se requieren aproximaciones más realistas y prácticas, sigue siendo imperativo en países caracterizados por la desigualdad y por problemas de verdadera representación popular en las instancias de decisión política, que además conservan profundos sesgos ideológicos, que existan ideales sustentados en la deontología democrática que estén en capacidad de señalar rumbos de acción política.

En contextos donde la *Realpolitik* se define por tan elocuentes e infortunados factores es donde resultan de singular relevancia análisis en torno a la importancia de consolidar una ciudadanía activa en la definición de su destino como sociedad y al fortalecimiento de una democracia robusta, particularmente desde sus posibilidades de institucionalización. La filosofía política, con la concepción deliberativa de la democracia como subclase, y gracias a su combinación de ambiciones teóricas y prácticas, “no mira un mundo del deber ser que está más allá del mundo ..., sino un mundo justo al frente al nuestro que realiza nuestra libertad”,⁴³¹ una libertad que no se logra por fuera del mundo social y del mundo político. La adscripción a las virtudes del modelo deliberativo no significa una intencional, o ingenua, omisión de los vicios de la *Realpolitik*, sino que más bien señala la posibilidad de encontrar caminos intermedios para solucionar los desaciertos en los que se incurre durante el trámite legislativo de las leyes y las reformas a la Constitución. Precisamente cuando más mal estamos, más necesitamos nortes normativos para saber hacia dónde debemos dirigirnos.

Como modelo normativo, la teoría de la democracia deliberativa no *describe cómo son* las cosas en realidad (cómo operan las instituciones jurídico-políticas que cuentan con representatividad popular), sino que *prescribe cómo deben ser* (cómo hay que concebir o razonar en torno a las instituciones de la política pública a partir de una valoración que dé cuenta de un estado de

Democracy”, *Political Theory*, núm. 29, 2001; Przeworski, Adam, “Deliberation and Ideological Domination”, y Stokes, Susan C., “Pathologies of Deliberation”, ambos en Jon, Elster (ed.), *Deliberative Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Para perspectivas críticas, pero moderadas, véase Parkinson, John, *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Sanders, Lynn, “Against Deliberation”, *Political Theory*, núm. 25, 1997; Bell, Daniel, “Democratic Deliberation: The Problem of Implementation”, en Macedo, Stephen (ed.), *Deliberative Politics*, cit. A favor de una mayor interacción entre teóricos deliberativistas, científicos políticos y analistas empíricos, véase Thompson, Dennis F., “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008; Ryfe, David M., “Does deliberative democracy work?”, *Annual Review of Political Science*, vol. 8, 2005.

⁴³¹ Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 331 y 332.

cosas ideal). Al no confrontar debidamente las dos dimensiones entre el *ser* práctico (descriptivo-no ideal) y el *deber ser* normativo (ideal) de la política pública, es que los detractores de esta teoría sobre la democracia establecen críticas que van más allá de las ambiciones reales del modelo deliberativo, en particular, en cuanto ideal regulativo.⁴³² Esta teoría normativa sobre la democracia se orienta hacia el entendimiento de que el procedimiento de toma de decisiones públicas debe ser un discursivo, basado en el intercambio de razones y argumentos en respaldo a una u otra opción, que igualmente se orienta hacia la transformación de las preferencias políticas mediante el convencimiento racional; es decir, atendiendo al argumento que posea mayor fuerza con el ideal de alcanzar un consenso lo más vinculante posible. Este procedimiento le confiere a las decisiones políticas la legitimidad que no se alcanza por el procedimiento de la mera validez formal. En la deliberación radica la idea misma de la democracia contemporánea.⁴³³

En parte por el estado actual de los sistemas políticos latinoamericanos, como por un efecto directo del interés que suscitó la obra de Rawls, en particular en Colombia,⁴³⁴ dentro de la teoría política contemporánea uno de los planteamientos que mayor atención pública e interés académico recibió es el que defiende que el proceso de toma de decisiones políticas debe ser democrático y deliberativo; es decir, debe realizarse contando con la deliberación pública entre los ciudadanos que serán afectados, así sea incluso solo potencialmente, por la decisión. Los artículos publicados en reputadas revis-

⁴³² Posner, Richard, “Smooth Sailing”, *cit.*; Michelman, Franz, “How Can the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, *cit.*

⁴³³ Rawls, John, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 138.

⁴³⁴ Sobre Rawls se han publicado en Colombia los siguientes trabajos monográficos: Grueso, Delfín I., *Rawls. Una hermenéutica pragmática*, Cali, Universidad del Valle, 1997; Rawls, John (ed.), *Legado de un pensamiento*, Cali, Universidad del Valle, 2005; *La filosofía y la política en el pluralismo. La metafilosofía del último Rawls*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad del Valle, 2008; Mejía Quintana, Óscar, *Justicia y democracia consensual*, Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes, 1997; “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls” (Estudio preliminar) a Rawls, John, *El derecho de los pueblos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996; Lopera, María Teresa, *Justicia distributiva ¿legitimidad o consenso?*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1999; Cepeda, Margarita, *Rawls y Ackerman. Presupuestos de la teoría de la justicia*, Bogotá, Universidad Nacional, 2004; Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional, 2005; González, Jorge Iván y Pérez, Mauricio (comps.), *Pluralismo, legitimidad y economía política. Ensayos críticos sobre la obra de John Rawls*, Bogotá, Universidad Externado, 2008; García Jaramillo, Leonardo (ed.), *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*; Manizales, Universidad de Caldas, 2004. El primer artículo publicado en Colombia sobre Rawls es Romero, Rodrigo, “John Rawls: el contrato social revivido”, *Praxis Filosófica*, núm. 4, 1981. El estudio que introdujo la teoría de Rawls en Latinoamérica fue Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

tas filosóficas, jurídicas y politológicas, las numerosas obras monográficas, así como las colectivas que están integradas por valiosos aportes dedicados a las principales cuestiones en la agenda de esta concepción normativa de la democracia, dan cuenta de un marcado interés por la teoría de la democracia deliberativa.⁴³⁵ Este interés se reforzó durante la campaña presidencial de 2010 en Colombia, porque en los debates entre los candidatos se hizo referencia en repetidas ocasiones al ideal deliberativo de la democracia como referente para la legitimidad de las decisiones y la justicia de las políticas públicas en la medida en que aumenta la oportunidad de participación.⁴³⁶

El interés local por la democracia deliberativa responde a su vez a la atención transnacional que esta teoría ha recibido (no exclusiva pero sí), fundamentalmente por el “giro deliberativo” en la teoría democrática,⁴³⁷ la cual ha derivado en un enfoque hacia las condiciones y virtudes que la deliberación le aporta al proceso democrático. De hecho, es un lugar común en la actualidad hacer referencia a dicho giro en los estudios sobre teoría política.⁴³⁸ Los principales estudios se caracterizan por abandonar el restrictivo enfoque empírico que tradicionalmente han tenido los trabajos en el terreno de la investigación democrática, demeritando así otros factores históricos, filosóficos y sociológicos relevantes.⁴³⁹ Los retos que enfrenta la democracia en escenarios enrarecidos institucional y políticamente crecen en relación con las reflexiones sobre sus características, posibilidades y

⁴³⁵ En Colombia se han publicado los siguientes trabajos: Hernández, Andrés (ed.), *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2002; Murillo, Gabriel y Pizano, Lariza, *Deliberación y construcción de ciudadanía*, Bogotá, Universidad de los Andes-Ciencia Política, 2003; Rodríguez, María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; Haddad, Yebraill, *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*, Bogotá, Universidad Externado, 2006; Durango, Gerardo, *Democracia deliberativa y derechos fundamentales*, Bogotá, Temis, 2006; Cuervo, Jorge Iván *et al.* (eds.), *El giro deliberativo de la democracia*, cit., Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, caps. I, 5, I, 6 y III, 3.

⁴³⁶ Trujillo, Augusto, “Democracia deliberativa”, *El Espectador*, abril 8 de 2010.

⁴³⁷ Dryzek, John, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Este es el libro más citado en la actualidad sobre democracia deliberativa.

⁴³⁸ Chambers, Simone, “Deliberative Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science*, vol. 6, 2003.

⁴³⁹ Thompson, Dennis F., “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, cit.; Bächtiger, André y Hangartner, Dominik, “When Deliberative Theory Meets Empirical Political Science: Theoretical and Methodological Challenges in Political Deliberation”, *Political Studies*, 2010; Fishkin, James y Laslett, Peter (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Basil Blackwell, 2003.

amenazas. A los efectos de esta investigación interesa reconstruir el núcleo común de la democracia deliberativa, determinar hasta qué punto es una teoría como comúnmente se le conoce para, finalmente, realizar una conceptualización y caracterización como marco para determinar el influjo de algunos de sus planteamientos en el constitucionalismo colombiano, tanto en el diseño orgánico como sobre todo en su desarrollo jurisprudencial.

Se describen y analizan en este capítulo los aspectos modulares de la teoría que ha sido expuesta y sustentada por diversos autores bien conocidos, que desde cuando Bessette acuñó el término en 1980 han forjado una teoría que igualmente es representativa de las principales exigencias normativas planteadas a la democracia constitucional, una vez que sustentó su propia superioridad frente a sus alternativas —principalmente los modelos agregativos y populistas—. A pesar de las diferencias formales y sustanciales que subyacen en los modelos de democracia deliberativa, se destacan los rasgos esenciales que sin pretenderlos compendiar en su total complejidad se caracterizarán para estructurar el núcleo común de la democracia deliberativa en torno a sus características fundamentales y potenciales virtudes para la acción política.

II. ANTECEDENTES DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Las “unidades de análisis” de la teoría política hasta 1960⁴⁴⁰ son esencialmente tres: la primera es el Estado, que se estructura en la modernidad temprana hasta entrada la modernidad tardía a partir del contractualismo (Hegel), el marxismo ortodoxo (Engels, Lenin y Trotsky), el marxismo heterodoxo (Lukacs, Korsch y Negri), el fascismo y el marxismo estructuralista (Goldman, Althusser y Poulantzas); la segunda es el sistema político con el funcionalismo (Parsons y Easton) y la teoría de sistemas (Luhmann); y la tercera es la categoría del poder con el postestructuralismo (Foucault, Deleuze, Castoriadis y Lyotard).

A partir de 1989, después de la caída del muro de Berlín surge una nueva categoría de análisis político, que es la democracia deliberativa, la cual confronta la democracia liberal por un lado, y a la democracia republicana, por otro. En la década de 1970 surge la crisis del Estado de bienestar, y en ese contexto se empiezan a consolidar dos propuestas; por un lado la socialdemocracia plantea el concepto de democracia participativa, y, por otro,

⁴⁴⁰ Agradezco en este punto la orientación de Óscar Mejía Quintana, de quien puede consultarse al respecto, entre otros, “El estatuto epistemológico de la teoría política”, *Ciencia Política*, núm. 1, enero-junio, 2006.

desde una perspectiva neoliberal (Nozick y Buchanan) se defiende un modelo de democracia restringida que exacerbaba la democracia liberal. De ahí y durante las dos décadas siguientes se plantearon una serie de variaciones sobre la democracia liberal: Benjamin Barber (democracia fuerte), Philippe Schmitter (democracia corporativa), Bobbio (democracia mínima), Sartori (democracia decisional) y Arend Lijphart (democracia consociacional).

Los modelos fundantes de la democracia deliberativa son dos; primero Rawls con su teoría de la justicia denominada “justicia como equidad”, y luego Habermas desde la teoría del discurso y la propuesta de la deliberación en la política como una concepción procedural de la democracia. En Rawls, la democracia deliberativa como categoría de análisis político, está profundamente ligada con la idea de razón pública. Inicia su planteamiento general con la crítica al utilitarismo. Lo justo, conforme a esta concepción, es lo que mayor bienestar le genere a las mayorías; objeta Rawls: no es verdaderamente justo, porque implica la imposición de una concepción de justicia basada en la consideración de lo óptimo y lo bueno a las minorías, desconociendo entonces sus derechos.

No se puede perder de vista que cuando Rawls inicia su investigación, a mediados de la década de 1950, es cuando empiezan a acontecer en Estados Unidos las primeras victorias jurídicas y políticas de los movimientos por los derechos civiles. Es en 1954 cuando la Corte Suprema profiere la trascendental sentencia del caso *Brown vs. Board of Education* (1954), en la cual decide anular el precedente sentado en *Plessy vs. Ferguson* (1896), que había establecido como constitucional el trato desigual entre negros y blancos, en particular sobre la educación, creando la ahora palmariamente discutible doctrina de los “separados, pero iguales”. Se estaba gestando con fuerza el movimiento por los derechos civiles de Martin Luther King, que lideró numerosas protestas que concitaron no sólo el apoyo de los ciudadanos afrodescendientes, y que recibió influencias de la ideología de Gandhi de la resistencia no violenta, que realizó importantes conquistas en la India y fue un ejemplo para el mundo.

Rawls retoma a Kant y su concepto de consenso político y recrea la forma idónea de concretar una concepción de justicia por consenso a partir de una posición original donde, tras un velo de ignorancia, unos agentes libres e iguales circunscritos por unas condiciones formales de lo justo y de unas condicionales deliberativas, deciden acerca de la repartición de unos bienes sociales primarios.⁴⁴¹ Sólo dos principios guían la toma deliberativa de decisiones: el principio de igual libertad para todos y el principio de justa

⁴⁴¹ Tales bienes son: libertades básicas, libertad de movimiento y libre ocupación, acceso a cargos y posiciones, renta y riqueza y las bases sociales del autorespeto. Los comunitaristas

igualdad de oportunidades (justicia distributiva). Los mecanismos para la defensa de estos principios los va a exponer Rawls desde los inicios de su obra: la objeción de conciencia y la desobediencia civil. La parte sustantiva la constituye la deliberación de estos dos principios de justicia, que son principios de organización social.

La cultura pública y política de las sociedades democráticas contemporáneas se caracteriza, conforme a Rawls, por tres hechos generales: (I) la constatación incuestionable de que en la actualidad las sociedades democráticas contemporáneas, fruto del desarrollo de la razón en el marco de las instituciones y de sus variados intereses y preferencias, se caracterizan por una diversidad, y en algunos casos incompatibilidad, de doctrinas razonables o concepciones del buen vivir, del orden filosófico, religioso y moral. Los Estados independientes son culturalmente multidiversos, y pocos de sus ciudadanos comparten el mismo lenguaje, pertenecen al mismo grupo étnico, o practican la misma religión. Este “rasgo permanente de la cultura política de la democracia”, que no es una mera situación histórica que tienda a cambiar, es denominado por Rawls “el hecho del pluralismo”,⁴⁴² en virtud del cual la sociedad política no puede concebirse como una comunidad unida en torno a una sola doctrina razonable, porque no se podría asegurar la base de la unidad social.⁴⁴³ Por lo anterior (II), sostener una sola doctrina⁴⁴⁴ sólo sería posible mediante el uso opresivo del poder estatal. Así, escribe Rawls: “Si pensamos en la sociedad política como en una comunidad unida en la profesión de una sola doctrina comprensiva, entonces el uso opresivo del poder del Estado es necesario para la comunidad política”.⁴⁴⁵ A esto llama Rawls el “hecho de opresión”, y lo ejemplifica con la Inquisición, que para mantener la estabilidad social era imperante su tarea de reprimir, por cualquier medio, la herejía. Y (III) un régimen democrático seguro y estable sin divisiones por credos doctrinarios y clases sociales hostiles entre sí debe tener el respaldo libre y voluntario de una mayoría sustancial de ciudadanos, quienes, no obstante profesar doctrinas comprensivas muy diversas y

luego de su formulación le criticarían afirmando que se trata de muy pocos bienes y que no representan aquellos necesarios para comunidades distintas de las citadinas.

⁴⁴² Rawls, John *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 36.

⁴⁴³ Las sociedades modernas “no se caracterizan por el mero hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprehensivas, sino más bien por un pluralismo de doctrinas incompatibles entre ellas, pero aun así, razonables”. Rawls, John, *Political Liberalism*, cit., p. xvi.

⁴⁴⁴ El vocablo “doctrina” alude aquí a un conjunto de visiones globales de todo tipo, mientras que “concepción” describe las teorías políticas y sus partes integrantes, como la concepción de la persona como ciudadano.

⁴⁴⁵ Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 58.

opuestas, aunque razonables, deben poder suscribir una concepción política de la justicia que sirva de base pública de justificación para un régimen constitucional.⁴⁴⁶

El hecho del pluralismo, de la “diversidad moral característica de una sociedad justa” a la que se refiere Joshua Cohen,⁴⁴⁷ es un referente eminentemente fáctico que significa que la cultura pública y política de las sociedades contemporáneas occidentales (en mayor o menor medida) cuenta entre sus caracteres propios y distintivos con una multiplicidad variopinta de culturas, idiomas o dialectos, y, en últimas, que difieren en cuanto a las doctrinas políticas, creencias religiosas e idearios filosóficos. El hecho del pluralismo es, en sí mismo, “el resultado del libre ejercicio de la razón humana libre en condiciones de libertad”,⁴⁴⁸ y deriva del hecho de que resulta imposible lograr una armónica unidad social en las sociedades contemporáneas occidentales, plurales, complejas y fragmentadas, donde los ciudadanos no comparten de modo general una concepción de justicia fundada en una sola doctrina religiosa, filosófica o moral, pues sólo por razón de medidas autoritarias y de la intolerancia como condición del orden y la estabilidad sociales, es que las sociedades occidentales se podrían coherenciar y estabilizar en torno al respaldo a una sola de tales doctrinas o creencias. Concebir una sociedad de este modo no sólo es problemático, sino que, evidentemente, ofrece una imagen de nuestro mundo social que no es real, al menos desde que “la exitosa y pacífica práctica de la tolerancia” descubre para nosotros, mediante el constitucionalismo liberal, “la posibilidad de una sociedad pluralista, estable y razonablemente armoniosa”, como dice Rawls.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pp. 57 y ss.

⁴⁴⁷ Cohen, Joshua, “Pluralism and Proceduralism”, *Chicago Kent Law Review*, vol. 69, 1994.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁴⁹ La concepción de sociedad bien ordenada sostenida en 1971 era un ideal irrealizable para una sociedad democrática en la medida en que para poder realizarla, Rawls considera que las exigencias consignadas en tal libro son el error a ser corregido en los trabajos posteriores; exigencias que implican una unificación doctrinaria de la sociedad como un todo, al suponer que ella tendría que aceptar no sólo una concepción de justicia, sino también una concepción de lo bueno. Lo primero que hace para superar ese error es realizar una distinción entre las diferentes concepciones de bien (doctrinas religiosas, éticas o filosóficas) y de una concepción política de la justicia: lo justo y lo bueno —que sigue la separación kantiana entre las cuestiones de la vida buena y las de justicia—, y la separación de todo compromiso con doctrinas comprehensivas de lo bueno. Así, la idea en 1993 es plantear una teoría de la justicia que sea independiente de cualquier doctrina comprehensiva, que no responda a una de ellas en particular. Al fundamentar esto, Rawls plantea una distinción entre las doctrinas comprehensivas, entre ellas las filosóficas, y su propia teoría de la justicia. Para lograr esto también realiza una distinción entre una filosofía política de carácter tradicional; es decir, que no separa la normatividad política de bases morales antropológica o psicológicamente

La constatación de esta circunstancia en *Liberalismo político* se fundamenta en acontecimientos históricos, que en virtud de sus efectos sobre la conciencia colectiva determinaron las posibilidades de la filosofía moral y política en la modernidad. Tales acontecimientos son:⁴⁵⁰ el nacimiento del Estado moderno, el desarrollo de la ciencia moderna y —especialmente al respecto del pluralismo— del movimiento religioso de la Reforma (siglo XVI), el cual en casi toda Europa fragmentó la unidad religiosa en torno al papa y condujo, por el surgimiento de las Iglesias protestantes, a un pluralismo religioso derivado de la tesis luterana del “libre examen”, que posteriormente se orientó hacia pluralismos de diversa índole al propender por la convivencia pacífica de las personas que profesaban distintos credos religiosos en una misma sociedad.

La filosofía política, considerando la libertad de conciencia y de pensamiento, y no obstante la diversidad de doctrinas, debe posibilitar la estabilidad de la sociedad, aceptando la legitimidad e incorporando la fragmentación colectiva que identifica a la modernidad. En palabras de Rawls: “Las más enconadas luchas se entablan por los más altos valores, por lo más deseable: por la religión, por las visiones filosóficas acerca del mundo y de la vida, por diferentes concepciones morales del bien”.

Rawls⁴⁵¹ caracterizó su propio modelo de construcción de categorías y argumentación moral, como “constructivismo kantiano”, y señaló —como lo hizo respecto de los modelos contractualistas de donde parte— una serie de distinciones y críticas afirmando, en particular, que su kantismo no es una asunción directa de los conceptos de Kant, sino una revisión y adaptación de algunos de ellos para servir a los propósitos de su ‘justicia como equidad’. Escribe al respecto:

Lo que distingue la forma kantiana del constructivismo es básicamente esto: ella especifica una particular concepción de la persona vista como un elemento en un procedimiento de construcción razonable, cuyo resultado determina el contenido de los primeros principios de justicia.... esta perspectiva formula un determinado procedimiento de construcción que responde a ciertos requisitos razonables y, al interior del procedimiento, las personas, caracterizadas como agentes racionales de construcción, especifican a través de sus acuerdos los primeros principios de justicia.⁴⁵²

basadas (y en general todas las que él llama genérica, y hasta ambigüamente, ‘metafísicas’) de una normatividad política estrictamente política.

⁴⁵⁰ Rawls, John, *Political Liberalism*, cit., pp. 17 y 18.

⁴⁵¹ Rawls, John, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *Journal of Philosophy*, vol. 77, núm. 9 (septiembre), The 1980 Dewey Lectures at Columbia University, Nueva York, 1980.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 516.

En *Liberalismo político*, además de abjurar del liberalismo clásico procedural y plantear su concepción política de la justicia, frente al constructivismo kantiano planteó un constructivismo político cuyo objetivo es posibilitar un pluralismo razonable entre las diferentes visiones omnicomprehensivas de la sociedad, determinando así la filosofía “en consonancia con el mundo moderno”, un mundo en el que la autoridad religiosa y la fe de las eras cristianas ya no serían dominantes.⁴⁵³

Respecto al modelo político del Estado moderno, este debe crear unas instituciones justas⁴⁵⁴ que garanticen que cada quien tenga la libertad, las oportunidades y los medios para definirse a sí mismo y para hacer con su vida lo que tenga a bien disponer y mejor le aproveche, porque en el mundo de lo diferente y lo divergente es necesario un reconocimiento efectivo entre los individuos como interlocutores válidos, quienes en igualdad de derechos y desde variedad de doctrinas están a favor de las concepciones del bien y la buena vida que puedan alcanzar en condiciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación social,⁴⁵⁵ y también para aprender, después de muchos intentos fallidos, a reconocernos en otras voces, reconocimiento que se da mediante el “pluralismo razonable” desde el cual los ciudadanos aceptan la diversidad-pluralidad de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conducen a considerar dicho pluralismo como un bien, y no como un mal menor —“el pluralismo razonable no es una condición desafortunada de la vida humana”, dice Rawls— para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que propenda cada vez más por la Constitución de una sociedad bien ordenada, pues conviene que coexistan diversas concepciones del bien y que la propia concepción del bien privado pueda ser autodefinida.

III. UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA DEMOCRACIA BASADA EN LA DELIBERACIÓN

Como “democracia” pocos conceptos han sido partícipes en grado tan significativo del desarrollo de la civilización occidental. Desde hace veinticinco

⁴⁵³ Rawls, John, *Liberalismo político*, cit., p. 13

⁴⁵⁴ Uno de los más recurrentes errores de interpretación de teoría de la justicia es sostener que pretende hacer a, o demandar de, las personas ciudadanos justos, cuando de lo que se trata con la justicia rawlsiana es de las ‘instituciones’, no de las personas. Así afirma, por ejemplo, desde el principio: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University press, 1971, p. 3.

⁴⁵⁵ Rawls, John, *Liberalismo político*, cit., p. 16.

siglos ha tenido numerosos cambios de significado.⁴⁵⁶ El pensamiento político dominante en distintos períodos de la historia ha adoptado y forjado disímiles y muchas veces incompatibles concepciones de democracia. Aquella idea que nos legaron los griegos de los siglos V y IV a. C. dista en puntos fundamentales de los atributos que en la actualidad asignamos al concepto, tanto en la esfera política como en la filosófica y jurídica.

La idea de democracia estuvo incluso marginada porque se relacionó con el despotismo. Recuerda Sartori que para Kant los regímenes políticos solo podían ser republicanos o despóticos, y que la democracia necesariamente conducía al segundo. Madison, durante el periodo posrevolucionario estadounidense, cuando se estaba decidiendo si la naciente federación adoptaba una Constitución única o no, prefirió hacer referencia a una forma democrático-representativa de gobierno, electivo y federalmente controlado, que denominó republicanismo. La democracia a su juicio hacía referencia a la democracia directa de los antiguos. Su sagacidad política lo orientó hacia la importancia de diseñar un sistema que parta de la naturaleza humana, sectaria y egoísta. Encontró entonces ventajas del republicanismo sobre la democracia directa: al abarcar mayor cantidad de ciudadanos y concentrar las facultades del gobierno en un reducido grupo elegido de representantes, el republicanismo filtra la opinión pública. Robespierre recuperó a finales de la Edad Moderna la acepción positiva de la democracia. “La democracia es un Estado en el que el pueblo soberano, guiado por leyes que son de obra suya, hace por sí mismo todo lo que puede hacer bien, y por sus delegados todo lo que no puede hacer por sí mismo. Por tanto, es en los principios del gobierno democrático donde debéis buscar las reglas de nuestra conducta política”.⁴⁵⁷ Con su guillotinamiento terminaron, al tiempo, el terror y el impulso democrático de la República.⁴⁵⁸

De la divinidad como fundamento de la autoridad política se trasciende a la idea del gobierno popular consensuado. Con restricciones, porque el

⁴⁵⁶ Sobre esta perspectiva, John Dunn, *Democracy: A History*, Nueva York, Atlantic Monthly Press, 2005. Para ilustrativas síntesis, Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, cap. VII “Democracia. Los fundamentos”; Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2001; Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, cap. II. Sobre los cambios de significado de la democracia, su relación con otros conceptos centrales de la filosofía política y algunos de sus desafíos actuales, véase Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

⁴⁵⁷ Robespierre, Maximilien, *Principios de moral política*. Informe del Comité de Salvación presentado a la Convención el 17 pluvioso año II, 5 de febrero de 1794. Disponible en Prieto, Fernando, *La Revolución francesa*, Madrid, Istmo, p. 281.

⁴⁵⁸ Hardman, John, *Robespierre*, Nueva York, Longman, 1999, chap. 11, “The fall of Robespierre”.

voto que se gana la sociedad como derecho lo adquieren en realidad unos pocos propietarios, se avanza respecto de la idea de que un gobernante investido por Dios tiene todo el poder y ninguna responsabilidad. La idea estricta de “poder del pueblo” y de democracia entendida exclusivamente desde la idea de la representación condujo a oscuros periodos en la historia de muchas naciones. “Democracia” es un sustantivo al que además se le han asignado históricamente, sobre todo durante el siglo XX, adjetivos como representativa, participativa, formal, directa, sustancial, liberal, burguesa, popular, pluralista, contestataria, radical, global y parlamentaria. El sustantivo “democracia” y el adjetivo que lo califique conforman un concepto con unas determinadas características, cuyo examen resulta esencial para determinar qué tipo de democracia se suscribe u objeta. Con afirmar que se respeta la democracia o se es demócrata se está diciendo realmente poco hasta que se precise lo que se entiende por democracia. Hitler se preciaba de ser un verdadero demócrata porque reflejaba la voluntad mayoritaria del pueblo alemán. Sostuvo: “Mi orgullo consiste en que no conozco a ningún estadista del mundo que, con mayor derecho del que yo tengo, pueda decir que representa verdaderamente a su pueblo”.⁴⁵⁹

Quienes apoyaban el referendo para cambiar la Constitución colombiana y permitir una segunda reelección presidencial sostuvieron repetitivamente que para respetar la democracia la Corte debía aprobar la ley convocatoria al referendo, a pesar de los vicios formales en su proceso de formación, porque el pueblo se había manifestado, y como en él radica la soberanía se podían tomar esta así como cualquier otra decisión. El procurador y quienes se oponen al matrimonio igualitario en Colombia, por ejemplo, han afirmado en conceptos ante la Corte y en alocuciones públicas, que como fueron los constituyentes quienes en 1991 consagraron el matrimonio como la unión del hombre y la mujer, se debe actuar democráticamente y no vulnerar la voluntad original de los padres de la Constitución. Ante criminalizaciones de actos de protesta, jueces y funcionarios han sostenido que proceden conforme a la democracia, porque cuando un grupo de personas obstruyen una vía o impiden el ingreso a un determinado lugar, son más personas las que se perjudican. La precisión del tipo de democracia que se tiene o se persigue no es entonces sólo tema para una conferencia de filosofía analítica o teoría política, sino una discusión por la manera como se configura un tipo de democracia, y, en este sentido, un tipo de sistema político.

La agenda de discusión y producción de la filosofía política se encuentra signada en la actualidad por la concepción deliberativa de la democracia.

⁴⁵⁹ Bullock, Allan, *Hitler: A Study in Tyranny*, Harper & Row, 1962.

En la filosofía de la Grecia antigua, donde era fundamental la discusión pública y amplia antes de la acción política, se arraiga la concepción en virtud de la cual debido a que las preferencias sociales tienen que ver con asuntos relativos a los valores éticos y a la justicia, la política es algo más que un lugar para generalizar y sumar tales preferencias. Si bien la deliberación es tan antigua como la democracia misma,⁴⁶⁰ fue al inicio de la década de 1980 cuando la articulación de ambas ideas surgió en el lenguaje político y constitucional, con particular resonancia en los procesos institucionales de toma de decisiones. El concepto “democracia deliberativa” fue acuñado por Joseph Bessette, profesor de ética y gobierno en el Claremont McKenna College de California, en su breve trabajo “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”.⁴⁶¹ Difieren no obstante los momentos de acuño y difusión del concepto, pues dentro de los artículos más citados y a los que se les adeuda la incorporación del concepto en la retórica política contemporánea no se encuentra el artículo que lo acuñó, sino dos trabajos, uno de Cass Sunstein y otro posterior de Joshua Cohen.⁴⁶²

Si bien la idea de deliberación en la democracia puede rastrearse hasta la antigua Grecia, la concepción normativa de la democracia que reivindica el valor de la deliberación en los procedimientos de toma de decisio-

⁴⁶⁰ Elster, Jon, “Introduction”, en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, cit., vers. cast., *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001. Es común encontrar en trabajos recientes algunas reconstrucciones de la democracia durante el siglo de oro de Pericles y los orígenes de la deliberación en la democracia desde obras como la de Aristóteles. Los principales autores contemporáneos, estadounidenses en su mayoría (de nacionalidad u origen), prescinden del punto de vista histórico. Sin considerar acerca de lo desafortunado de este hecho, deliberada y deliberativamente se ha omitido realizar un recorrido histórico desde el surgimiento de la idea de deliberación en la democracia ateniense, porque el interés está centrado en la configuración contemporánea de la teoría de la democracia deliberativa y su recepción en distintos ámbitos académicos e institucionales.

⁴⁶¹ Bessette, Joseph, “Deliberative Democracy: The majority principle in republican government”, en Golwin, Robert A. y Schambre, William A. (eds.), *How democratic is the constitution?* Washington, American Enterprise Institute, 1980. Bessette presentó posteriormente un desarrollo del mismo concepto en su libro *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*, de 1994, en el cual al diferenciar entre una voz directa, propia de la votación de los ciudadanos sobre los asuntos públicos pero guiada por la pasión, y otra voz deliberativa expresada a través de representantes, defiende la superioridad de la segunda, porque capta más adecuadamente el bien común.

⁴⁶² Sunstein, Cass, “Interest Groups in American Public Law”, *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1985; Cohen, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en Hamlin, Alan y Pettit, Philip (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, cit.; también incluido en Bohman, James y Rehg, William (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, cit., Cohen incluso afirma: “Encontré originalmente el concepto “democracia deliberativa” en un artículo de Sunstein donde cita un artículo de Bessette, que no he consultado”.

nes sometidos a determinadas reglas, y en cuya configuración es esencial la consideración de diversos valores y principios, proviene de Bessette, que explícitamente lo acuñó para oponerlo a las concepciones elitistas o aristocráticas de la Constitución estadounidense. Bessette rastrea hasta las discusiones por la viabilidad de una Constitución federal para los Estados Unidos de Norteamérica el surgimiento de la democracia deliberativa.⁴⁶³ Los federalistas rechazaban la idea de la participación directa de los ciudadanos en la definición de los asuntos políticos y defendían, en cambio, el sistema representativo como medio idóneo para la manifestación del bien público. Cuando los ciudadanos participan directamente en la política no se orientan regularmente por la argumentación racional y la búsqueda del bien común, sino por pasiones propias y autointereses egoístas propios de grupos o, como diría Madison, de “facciones”.⁴⁶⁴ Representantes prudentes y comprometidos con la justicia descubrirán el bien común por medio de un proceso deliberativo, que precisamente por su exposición pública se mantendrá ajeno a los intereses particulares de sus miembros. La deliberación permite comprender mejor el interés común respecto de si se cuestiona directamente a los ciudadanos.⁴⁶⁵

Bessette argumentó en contra de las interpretaciones elitistas de la Constitución y cuestionó los supuestos centrales subyacentes a los modelos económicos y pluralistas de la democracia, en virtud de los cuales la política debe concebirse fundamentalmente como un espacio en el cual se desarrollen intereses encontrados. Estas concepciones reducen la democracia a la negociación en lugar de concebirla como un espacio para el desarrollo de la razón pública. Para las posturas económicas y pluralistas de la democracia, el esquema de la elección racional proporciona el modelo ideal para el proceso racional de toma de decisiones, por lo cual la mejor forma de gobierno es la minimalista, que se concentra en la conservación de la libertad negativa de personas individualmente consideradas. La participación democrática se reduce por tanto al ejercicio del voto periódico.

De manera adicional a la discusión política e institucional, una de las principales razones para explicar la perdurabilidad e influencia de la concepción deliberativa de la democracia es la acometida ecléctica de sus teóri-

⁴⁶³ Bessette, Joseph “Deliberative democracy: The Majority Principle in Republican Government”, *cit.*, p. 105.

⁴⁶⁴ Madison, James, “The Federalist, 10”, en Madison, James *et al.*, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), Nueva York, New American Library, 1961.

⁴⁶⁵ Para un análisis de esta relación, Kramer, Larry, «“The Interest of the Man”, Madison, James, Popular Constitutionalism, and the theory of Deliberative Democracy», *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007.

cos por integrar los aspectos más valiosos de dos visiones antagónicas de la democracia contemporánea, a saber: el republicanismo⁴⁶⁶ y el liberalismo, mostrándose así superior, la democracia deliberativa, a concepciones democráticas alternativas. Las razones que explican este resurgimiento son dos básicamente: la insatisfacción generalizada con la teoría política liberal⁴⁶⁷ y los problemas operativos que representa la idea republicana de democracia, en particular respecto de su concepción de ciudadano.⁴⁶⁸ La alternativa que la democracia deliberativa plantea, tanto al modelo liberal-individualista y su desinterés y privatismo civil como al modelo republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política y legal de una sociedad,⁴⁶⁹ se halla desde Habermas en una concepción discursivo-procedimental del derecho que se articula con la calidad de la discusión y el tipo de argumentación.

Para Habermas, hay esencialmente tres modelos normativos de democracia: el modelo liberal de la democracia formal, caracterizado por una concepción privada del ciudadano, y en el que se priorizan las libertades individuales; el modelo republicano de la democracia directa con su concepción del ciudadano virtuoso que prioriza las libertades intersubjetivas y el sistema político concebido como sostén de los procesos públicos de deliberación; y el modelo procedural-discursivo de la democracia radical, según el cual la justicia social se alcanza mediante la deliberación pública y para el cual el consenso constituye un criterio normativo.

⁴⁶⁶ Sobre el particular, Bock, Gisela *et al.* (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004; Hernández, Andrés (ed.), *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, cit. Concerniente a la tradición republicana en general con incidencias deliberativas, Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999; Pettit, Philip, “Republican Freedom and Contestatory Democratization”, en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, 1999.

⁴⁶⁷ Macedo, Stephen (ed.), *Deliberative Politics*, Oxford University Press, 1999. En las dos primeras partes de este libro se incluyen trabajos críticos en torno al libro *Democracy and Disagreement* de Gutmann y Thompson y en la tercera parte se incluye una “Reply to the critics”.

⁴⁶⁸ Al proyecto ecléctico puede aunarse la concepción de Nino según la cual la deliberativa es una perspectiva mixta de la democracia. Véase su *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996; vers. cast. de Roberto Saba, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; Sunstein argumenta que una de las primeras concepciones mixtas sobre la democracia fue la sostenida por los federalistas, particularmente por Madison. Sunstein, Cass, “Beyond the Republican Revival”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988; vers. cast., “Más allá del resurgimiento republicano”, en Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Nuevas ideas republicanas*, cit.

⁴⁶⁹ Mejía Quintana, Oscar, “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa”, en Hernández, Andrés (ed.), *Republicanismo contemporáneo*, cit.

El modelo republicano rechaza una concepción agregativa de la democracia en virtud de la cual el ejercicio electoral vendría a ser la piedra angular de la institución democrática, y, por tanto, la suma de las preferencias individuales es el único factor a considerarse en la esfera de la legitimidad de las decisiones políticas. Esta concepción democrática revalida —más allá de la validez jurídica— la legitimidad política de decisiones que, aunque enmarcadas formalmente en procedimientos electorales, ignoran e incluso atropellan principios democráticos al manipular los poderes Judicial y Legislativo, y bloquear los organismos de control.

Los gobiernos no son democráticos por el simple hecho de realizar elecciones periódicas en virtud de las cuales gobierna la mayoría. Celebrar elecciones es una condición necesaria, pero no suficiente para que un Estado se repute democrático. En Cuba, Corea del Norte y Libia, por ejemplo, se realizan elecciones. Casos menos dramáticos son los de algunos países latinoamericanos, donde se presenta una elevada corrupción política, censura a la libertad de prensa, y coacción —incluso armada— al electorado. En las elecciones parlamentarias de 1933 en Alemania fue alta la votación por miembros del partido nazi al *Reichstag*, Fujimori fue reelegido mayoritariamente en el Perú y Pinochet acudió a los procesos mayoritarios con la confianza de que recurrir al pueblo resulta conveniente para interferir indebidamente en los procesos de toma de decisiones.

Concepciones normativas de la democracia como la deliberativa sostentan que la regla de mayorías es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos.

La regla de mayoría, justo como regla de mayoría, es tan tonta como sus críticos dicen que es. Pero nunca es simplemente la regla de la mayoría... los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante: debates previos, modificaciones de los propios puntos de vista para hacer frente a las opiniones minoritarias... la necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos y condiciones del debate, de la discusión y la persuasión. *La política deliberativa obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función socio-integradora gracias a la expectativa de calidad racional de los resultados.* De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Dewey, John, *The Public and its Problems*, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 380 y 381.

En contextos de precariedad democrática y debilidad institucional es esencial la orientación de los valores deliberativos en la construcción de la política.

En un orden social cada vez más reflexivo, donde las personas tienen la libertad para ignorar la política cuando lo deseen, la legitimidad política no va a mantenerse simplemente porque exista un aparato democrático de votaciones, representación y parlamentos. Para crear y conservar esa legitimidad es probable que los principios de la democracia deliberativa tengan cada vez más importancia.⁴⁷¹

Los dos modelos principales de la democracia se ubican en las antípodas del espectro político: el agregativo, como su nombre lo indica, se basa en la agregación de preferencias individuales para legitimar las decisiones en la esfera pública, como lo señalara Rousseau respecto de la conformación de la “voluntad general”. Confiere particular importancia al voto y la negociación como maneras para determinar la forma como deben agregarse las preferencias. Los principales problemas del modelo agregativo son dos: puede llegar a vulnerar derechos minoritarios porque no hacen parte de las preferencias ampliamente compartidas de la sociedad, lo cual derivaría en una omisión de atención a los reclamos de comunidades, aunque numerosas, no representativas de la moralidad general o de las perspectivas comunes, tales como los indígenas, los homosexuales y las comunidades étnicas y raciales. El otro problema es que toma como dadas las preferencias. En las sociedades contemporáneas plurales, complejas y fragmentadas no hay evidencias sólidas ni convincentes de que existan formas para determinar las motivaciones o los orígenes de las preferencias que se exhiben por parte la población. La democracia consistiría entonces en un conjunto de normas de naturaleza jurídica e instituciones políticas que garantizan un procedimiento para agregar, través del voto, las preferencias sociales mayoritariamente aceptadas.

Respecto del primer problema el modelo deliberativo considera que, como expresa Dworkin, los derechos son “cartas de triunfo” de las minorías frente a las mayorías. La importancia de los derechos no es atribuida según el número de personas que resulten favorecidas con su garantía o de aquellos que resulten perjudicados con su vulneración. La legitimidad del resultado de la acción política no es atribuida a las mayorías que estén de acuerdo con su implementación independientemente de las consecuencias desfavorables para algún sector de la población.

⁴⁷¹ Giddens, Anthony, *Beyond Left and Right. The Future of Radical Politics*, Cambridge, Polity Press, 1994, p. 114.

En relación con el segundo problema, el modelo deliberativo rechaza la asunción agregativa y considera que la mayoría de las veces las preferencias son social y contextualmente construidas y configuradas. La concepción deliberativa opone el hecho verificado, y que incluso hace parte del sentido común, de que las personas al estar obligadas a exteriorizar sus preferencias y los argumentos para respaldarlas, morigerarán sus perspectivas y tenderán a conseguir el amplio consenso en sustento de su preferencia para dotarla así de validez y legitimidad, toda vez que la deliberación que precedió la decisión implicó a todos los potencialmente afectados por ella. El ideal deliberativo expurga entonces las decisiones políticas de errores lógicos o fácticos. Mientras más personas intervengan en un determinado procedimiento sus resultados, más probablemente carecerán de sesgos y perjuicios.

La forma representativa de la democracia constituyó un primer avance en la consecución de los reclamos sociales que surgieron en América Latina al término de dictaduras y regímenes militares. Conseguir que fueran los representantes del pueblo, en lugar que los líderes —como “por obra y gracia de Dios” durante el *Ancien Régime*— quienes definieran el destino de la comunidad, constituiría sin duda una señal de progreso institucional por la consideración de la representación para crear o elevar impuestos, la inclusión de algunos sectores en el proceso de configuración legislativa del sistema jurídico, la ampliación de los proyectos políticos para reflejar las necesidades sociales, la realización de elecciones y la posibilidad de elegir y ser elegido, entre otras.

En sus orígenes, la democracia representativa no se concibió como un mecanismo para mejorar el autogobierno colectivo de los ciudadanos, sino como un mecanismo para evitar los abusos de las facciones mayoritarias y contribuir a la gobernabilidad. La importancia de diferenciar entre representantes y representados radica en aminorar el temor de que las mayorías coopten el orden institucional. Un sistema de gobierno basado en la representación refina y amplía la voz pública pasándola por el tamiz de un cuerpo escogido por los ciudadanos.⁴⁷² El elitismo de la concepción representativa de la democracia se basa en la presunta incapacidad de las mayorías para debatir opiniones públicas.⁴⁷³ Su principio cardinal es la posibilidad de concurrir a las urnas para configurar los poderes representativos de los intereses mayoritarios.

La forma deliberativa de la democracia es una idea posterior que avanza en la forma representativa de gobierno, que se caracterizó, entre otras cosas, por reducir al ciudadano a un ente pasivo que sólo debía ejercer su

⁴⁷² Madison, James, “The Federalist, 10”, en Madison, James *et al.*, *The Federalist Papers*, cit.

⁴⁷³ Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 2005.

derecho periódico al voto. Este ciudadano es sólo un objeto de procesos que se escapan a su control, pero no el sujeto activo que presupone la ciudadanía democrática.⁴⁷⁴ Adicionalmente, los partidos políticos se organizaron de una forma que se contribuyó a agravar su régimen, toda vez que aumentó la exclusión de los principales debates públicos y temas nacionales al grueso de la población que no tenía posibilidades ni herramientas para participar por fuera del periodo electoral. La jerarquización en los partidos no ha posibilitado su democratización⁴⁷⁵ ni cuenta con posibilidades para reducir el tráfico de influencias para conseguir respaldos para sacar adelante determinadas medidas. La concepción normativa de la democracia que reivindica el valor de la deliberación es complementaria más que sustitutiva de la concepción representativa.

Procura establecer las condiciones para determinar qué criterios normativos se deben seguir en la configuración parlamentaria de la política y en las oportunidades reales de participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones, tanto respecto de las propuestas parlamentarias como de las suyas propias. Esto aumenta no sólo la legitimidad de las normas, sino también su efectividad, porque los ciudadanos sienten que cumplen una norma en cuya creación han participado.

Si bien el modelo deliberativo comparte con el agregativo la forma como deben estructurarse las instituciones democráticas en la política pública, se enfocan en perspectivas radicalmente distintas respecto al proceso de toma de decisiones, así como en el fundamento de la legitimidad de este proceso: el primer modelo, en el consenso en torno a ellas logrado en la deliberación pública, y el segundo, en los votos que sustentan las decisiones. Ambos modelos reconocen el pluralismo en las ideologías y concepciones del buen vivir, pero el agregativo asigna a la regla de mayorías y al voto el fundamento en la configuración de la política. Las organizaciones políticas compiten periódicamente en elecciones libres, cuyos candidatos a cargos públicos defienden un determinado programa y una ideología que, al ser elegidos, tienen no sólo la validez, sino también la legitimidad de llevar a cabo independientemente de que se omitan muchas otras voces que, por cuenta de la derrota en las elecciones o la abstención misma, no tienen forma de establecer diálogos con quienes han resultado victoriosos en la contienda política. El resultado de la agenda legislativa y de las decisiones del gobierno debe reflejar en consecuencia la agregación de las preferencias mayoritarias o de aquellas más ampliamente compartidas en la sociedad.

⁴⁷⁴ Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, p. 17.

⁴⁷⁵ El Acto Legislativo 01 de 2003 modificó el artículo 108 constitucional para democratizar internamente los partidos políticos.

Conforme al modelo deliberativo, las preferencias se transforman mediante la discusión llevada a cabo bajo determinadas condiciones. El acto de propiciar la deliberación sobre una serie de temas en concreto puede llegar a persuadir a los contrincantes, no sólo porque puede llegar a poner en evidencia el autointerés, sino también porque puede ilustrar a quien hasta ese momento ignoraba las implicaciones o consecuencias de lo que estaba sustentando. La deliberación tiene entonces una ventaja adicional sobre la mera agregación, y es que tiene un atributo pedagógico en la configuración de la política. Para los defensores de la democracia deliberativa los votos de los representantes del pueblo no bastan, per se, para que una decisión pueda ser considerada legítima y, por lo tanto, para que pueda predicarse su sentido de justicia. El respaldo a una decisión manifestado en votos debe estar precedido de una amplia deliberación pública entre los ciudadanos (o sus representantes) donde se escuchen la mayoría de perspectivas posibles y se controvieran las distintas razones que fundamentan las propuestas. En las democracias latinoamericanas sabemos y hemos padecido que muy lejos está cualquier forma de autogobierno colectivo del mero hecho de concurrir a las urnas de cuando en cuando.

Habermas ha señalado que, al atenerse al sentido demócrata-radical de organización de la sociedad mediante ciudadanos unidos comunicativamente, y en donde los fines de la colectividad no sólo provienen de un acuerdo de intereses privados contrapuestos,⁴⁷⁶ el republicanismo tiene elementos que acoge el modelo deliberativo. Además del regateo gubernamental y legislativo, el modelo republicano, como una de las tres ramificaciones en las que se bifurca la filosofía política contemporánea posterior al debate liberal-comunitarista,⁴⁷⁷ valora lo dialógico del proceso de decisión política, procurando identificar la voluntad popular para llevarla a la práctica. Un simple proceso agregativo que convierta preferencias privadas en decisiones mayoritarias no cuenta con los recursos para dar razón del grado de legitimidad y justicia que deben tener las decisiones en la política pública.

La perspectiva liberal, por su parte, otorga una cardinal importancia al pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la cultura pública y política de las sociedades contemporáneas. Tal vez nadie ha expresa-

⁴⁷⁶ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, cit., pp. 238 y ss.

⁴⁷⁷ Las otras dos ramificaciones son el marxismo analítico y una interlocución entre Rawls (*Liberalismo político*) y Habermas (*Facticidad y validez*) que inspira un modelo alternativo de democracia deliberativa. Mejía Quintana, Óscar, “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa”, en Hernández, Andrés (comp.), *Republicanismo contemporáneo*, cit. Véase también, Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, cap. 4.

do mejor que John Rawls la noción del pluralismo en clave de su necesidad para alcanzar consensos que trasciendan los meros acuerdos de mayorías. A partir de uno de los más originales elementos de su arquitectura conceptual, el “pluralismo razonable”,⁴⁷⁸ Rawls muestra que los ciudadanos deben aceptar la diversidad-pluralidad social de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conduzcan a considerar dicho pluralismo como un bien y no como un mal menor, para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que propenda cada vez más por la Constitución de una sociedad bien ordenada.

La democracia liberal es un conjunto de instituciones representativas que constituye una forma de gobierno caracterizada por elecciones periódicas, voto universal, libertades públicas y los derechos políticos a elegir y ser elegido. Por esta razón es que definida de esta forma la democracia es concebida usualmente en relación con el pluralismo.⁴⁷⁹ En la década de 1970 se desarrolló paulatinamente la crítica teórica a la democracia liberal y resurgió la idea histórica de la participación en la política.⁴⁸⁰ La democracia deliberativa extiende los principios de la democracia liberal hacia la creación de formas de interacción social, que contribuyan decisivamente, si se cumplen determinadas condiciones, a la toma de decisiones legítimas y a la construcción de solidaridad social. Procura conseguir el consenso acerca de las medidas políticas en la arena política.

El modelo político del Estado contemporáneo debe crear unas instituciones que garanticen que cada quien tenga la libertad, las oportunidades y los medios para definirse a sí mismo y para desarrollar su plan de vida. En las sociedades contemporáneas occidentales, plurales, complejas y fragmentadas es necesario un reconocimiento efectivo entre los individuos como interlocutores válidos, quienes en igualdad de derechos y desde una variedad de doctrinas están a favor de las concepciones del bien y la buena vida que puedan alcanzar en condiciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación.

⁴⁷⁸ Una noción cercana a esta, pero entroncada con el derecho constitucional, es “el hecho del desacuerdo” de Jeremy Waldron, según el cual vivimos en sociedades plurales en las que no queremos que los eventuales desacuerdos que surjan por los profundos desacuerdos que tenemos relacionados con las mejores formas de concebir y de resolver dilemas relevantes (aborts, eutanasia, igualdad derechos para parejas homosexuales...) tornen imposible nuestra convivencia. Pese a todo, aún queremos seguir viviendo en sociedad. De forma un tanto rawlsiana, Waldron sustenta que las características principales de las sociedades democráticas modernas son, al tiempo, el desacuerdo y la voluntad de seguir conviviendo juntos. Véase de este autor, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.

⁴⁷⁹ Giddens, Anthony, “Participation, representation, dialogue”, *Beyond Left and Right. The Future of Radical Politics*, cit.

⁴⁸⁰ Bessette, Joseph, *How Democratic is the Constitution?*, cit., pp. XII y XIII.

ción social,⁴⁸¹ así no compartan de modo general una concepción de justicia fundada en una sola doctrina religiosa, filosófica o moral. El pluralismo razonable signa la necesaria correlación entre la sociedad civil y el Estado democrático, lo cual exhorta a que se reconozcan las diversas formas de vida nacionales para propender así por la garantía universal de los derechos y por el reconocimiento de las minorías para que se proteja su supervivencia, e incluso para que florezcan las diversas formas de vida nacionales a través de mecanismos jurídicos como la discriminación positiva.⁴⁸² Desde el pluralismo razonable los ciudadanos aceptan la diversidad-pluralidad de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conducen a considerar dicho pluralismo como un bien y no como un mal menor, para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que propenda cada vez más por la Constitución de una sociedad bien ordenada.

El reconocimiento que Rawls hace del pluralismo moral, cultural y político le permite recuperar el discurso político liberal y acentuar la reflexión sobre la tolerancia. Lo “razonable” del pluralismo rawlsiano no debe entenderse como una mera muletilla retórica que le proporciona a la bien conocida y explorada noción del “pluralismo” un atractivo toque de ilustración singular, sino que es razonable porque en la sociedad contemporánea convivimos diversas visiones del bien: por ejemplo, están los mahometanos, los judíos y los cristianos, en cuanto a la religión; filosóficamente, alternan aulas los utilitaristas, los kantianos, los rawlsianos y los seguidores de Nozick; y políticamente, están los liberales, los conservadores, el polo democrático y los dizque ‘a-políticos’; y estas concepciones no las podemos cambiar irracionalmente, o sea, a la fuerza o a partir del sometimiento como en épocas de la conquista y la Inquisición.

Es en consecuencia preferible para la estabilidad y la armonía sociales que convivamos con la constatación de lo razonable que conculca tal pluralismo evidente en las sociedades. De acuerdo con la tesis de Rawls, entonces, no debe aspirarse a superar las diferencias que las personas tienen entre las distintas visiones del mundo y sus propias concepciones acerca de cómo

⁴⁸¹ John, Rawls, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 16.

⁴⁸² La discriminación positiva (*affirmative action*), como excepción al principio liberal de igualdad, se aplica a los casos donde las condiciones de grupos determinados son de plano desiguales por circunstancias diversas, como la falta de representación política o la escasez de recursos, por lo cual se exige un trato especial para reducir sus desventajas. La discriminación positiva podría entenderse, desde el liberalismo de Rawls y Dworkin, como una medida inequitativa que produce resultados justos. De la jurisprudencia constitucional colombiana, pueden consultarse las sentencias T-098 de 1994, C-622 de 1997 y T-272 de 1991. Sobre su concepción y tratamiento, véase Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Barcelona, Paidós, 2003.

llevar a cabo su proyecto de vida; sólo implica que debemos reconocer la otra cultura como diferente, pero advertir y defender su igualdad de derechos y obligaciones, así yo perfectamente puedo no compartir la ideología de los judíos o protestantes, pero los acepto, sin que esto signifique que la incorpojo en mi vida; reconozco que tienen un discurso aceptable y una perspectiva respetable del buen vivir con la que perfectamente puede no estarse de acuerdo.

Este pluralismo impone restricciones necesarias a la diversidad de concepciones sobre el bien y el buen vivir, las cuales prohíben pasar límites que no son arbitrarios, sino “razonables”, en el igual sentido en que lo establece Rawls, con respecto a la primera prioridad en la aplicación de los principios de justicia, la “prioridad de la libertad”, en virtud de la cual ésta sólo puede restringirse en favor de la libertad misma (“Las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad”)⁴⁸³ y determina que los principios de justicia social deben ser ordenados en “orden serial o lexicográfico”; es decir, el que se encuentre primero debe ser satisfecho antes que se aplique el siguiente. Para la segunda prioridad, la justicia prima sobre la eficiencia y el bienestar. Estas dos reglas rigen la estructura básica de una sociedad justa al dar prioridad a lo justo sobre lo bueno (Kant), y a la libertad sobre otros valores y bienes.⁴⁸⁴

El reconocimiento del pluralismo razonable procura alcanzar un consenso que se entrecrece entre las diversas personas que operan desde sus propios puntos de vista fundamentales sobre los principios básicos para la estructura, dinámica y el funcionamiento del Estado. De este modo, los fines del pluralismo están asociados con la promoción de la estabilidad social y con el logro de una forma de respeto mutuo entre las diversas comunidades del bien que integran las sociedades libres, las cuales cuentan con el fenómeno del pluralismo como uno de sus caracteres definitorios.

IV. EL NÚCLEO COMÚN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La proliferación de estudios en torno a la democracia deliberativa no ha derivado en una definición única e incontrovertible de su concepto ni en una delimitación precisa de los límites de su contenido. Algunos de los principa-

⁴⁸³ Rawls, John 1979, p. 280.

⁴⁸⁴ Las dos reglas de prioridad son introducidas por Rawls en la sección §46 (p. 302) de *A Theory of Justice* junto con la formulación final de los dos principios de justicia que constituyen la concepción especial de la ‘justicia como equidad’.

les autores del movimiento⁴⁸⁵ difieren en distinta medida sobre diversos aspectos, tales como la conveniencia de la revisión judicial de constitucionalidad⁴⁸⁶ y del progresismo judicial; qué cuenta como razones adecuadas; cuán amplio debe ser el foro en el que se intercambien razones; si las normas procedimentales son suficientes para garantizar un resultado ampliamente aceptable; la conveniencia del consenso como un objetivo; el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación y su principal objetivo, algunas condiciones imperativas que impone la teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones políticas y sociales más importantes, la necesidad de ciertas competencias por parte de los ciudadanos al momento de deliberar y la distinción de las dimensiones epistémica y democrática de la deliberación, entre otras. Para algunos autores, igualmente, la educación ciudadana en los aspectos básicos del gobierno constitucional y democrático, y el público bien informado sobre los problemas que requieren solución prioritaria, son condiciones imperativas que impone tal teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones políticas y sociales más importantes. Dice Rawls: “Incluso los líderes políticos más visionarios que deseen hacer reformas sensatas, no podrían convencer a un público desinformado y cínico para que respalden y sigan tales cambios”.⁴⁸⁷

Los principales autores concuerdan no obstante en el rechazo a las concepciones de la democracia que basan la política solo en el poder o en los intereses, así como en la agregación de preferencias. La “democracia deliberativa” comparte con otros conceptos de reciente acúñeo el hecho de que representa una teoría, pero sólo desde la concepción convencionalista, conforme a la cual constituye una herramienta conceptual útil independiente-mente de las entidades que la teoría postula.⁴⁸⁸ Representa en cambio un núcleo común, un modelo transnacional o un canon, cuyos rasgos esenciales o elementos medulares, transversales a las obras de los principales autores, pueden reconstruirse para definir comprehensivamente el concepto en sus aspectos centrales.

⁴⁸⁵ Desde los cimientos legados por Habermas y Rawls: Bohman, Cohen, Elster, Dryzek, Gutmann y Thompson, Sunstein, Fishkin y Laslett, Nino, Estlund, Young y Rehg, así como Gargarella y Martí en el escenario iberoamericano.

⁴⁸⁶ Para una defensa a la inclusión de la revisión judicial en la teoría de la democracia deliberativa, véase Thompson, Denis, “Democratic Theory and Global Society”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 7, núm. 2, 1999.

⁴⁸⁷ Rawls, John, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, cit., pp. 139 y 140.

⁴⁸⁸ La teoría de la relatividad o la teoría de la evolución de las especies, por el contrario, son teorías, pero desde la concepción realista. Para una síntesis de ambas, Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, t. IV, voz “Teoría”.

La democracia deliberativa es ante todo un concepto normativo y un ideal regulativo que puede caracterizarse por rasgos *colectivos* y *públicos* (excluye la deliberación privada que se resguarda del ámbito social), *adaptativos* (cada momento y circunstancia permite que sus demandas y postulados resurjan y orienten los procesos de toma de decisiones), *autorreferentes* (el propio procedimiento permite decidir las cuestiones que afectan al mismo), *inacabados* (las decisiones están abiertas a ulterior revisión) e *igualitarios* (permite que los ciudadanos o sus representantes participen en condiciones de libertad e igualdad durante el proceso de conformación de la voluntad general).⁴⁸⁹

Representa un conjunto de concepciones políticas del orden democrático que poseen, en expresión del segundo Wittgenstein, un “aire o parecido de familia”,⁴⁹⁰ es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una familia. En este sentido, Bohman se refiere a la teoría deliberativa como a una familia de perspectivas para las cuales la deliberación pública entre ciudadanos en condiciones de libertad e igualdad constituye la parte central de la toma legítima de decisiones políticas y del autogobierno.⁴⁹¹ Tales parecidos permiten utilizar un mismo concepto para realizar una conceptualización y caracterización que atienda a los elementos comunes medulares de las principales obras publicadas desde el trabajo pionero de Bessette. Nino parece concebirlo de esta forma al sostener que su defensa desde el poder epistémico del proceso deliberativo, es hacia “una variedad” de la democracia deliberativa.⁴⁹²

Los principales modelos coinciden, desde diferentes ángulos, en la exigencia de una ciudadanía activa, crítica y propositiva en el proceso de toma de decisiones, que esté comprometida permanentemente con la idea del bien común y, en general, con el interés por los asuntos públicos más allá del pasivo ejercicio electoral que perpetúa el error de dejarle la política sólo a los políticos. Una ciudadanía que, en palabras de Skinner, tenga un robusto “sentimiento de virtud cívica”,⁴⁹³ con miras a consolidar una esfe-

⁴⁸⁹ Sigo aquí, fundamentalmente, la comprehensiva caracterización de Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, cap. 2.

⁴⁹⁰ En sus investigaciones filosóficas (*Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1969, pp. 324 y 325). Referencia adeudada a Vicente Durán Casas.

⁴⁹¹ Bohman, James, “Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6. núm. 4, 1998, p. 401.

⁴⁹² Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., cap. 4.

⁴⁹³ Skinner, Quentin, “The Republican Ideal of Political Liberty”, en Bock, Gisela *et al.* (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, 1990, pp. 301-303. Demandas exigentes a una ciudadanía virtuosa, activa y particularmente interesada por los asuntos públicos, puede tornar el ideal, en tanto precondiciones de una democracia deliberativa y

ra pública dinámica y permeable a todos los niveles sociales, ya que como advierte Barber

La democracia sólo puede sobrevivir como una democracia fuerte si está asegurada, no por grandes líderes, sino por ciudadanos competentes y responsables. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes, las democracias efectivas necesitan grandes ciudadanos... Los hombres y mujeres que no se hacen responsables a través de la deliberación, la decisión y la acción común de las políticas que determinan sus vidas en común, en realidad no son libres en absoluto, por mucha seguridad, derechos privados y libertad de que disfruten.⁴⁹⁴

Conforme al magistrado Louis Brandeis, en *Whitney v. California* (1927): “la amenaza más grande para la libertad, es un pueblo inerte”.

En el mismo sentido, para el iusfilósofo alemán Arthur Kaufmann, “La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo”.⁴⁹⁵ Esta exigencia está en consonancia con la concepción democrática de Sunstein⁴⁹⁶ por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades. Ante la falta de una ciudadanía activa que sea veedora del desempeño de los funcionarios públicos y ante la carencia de instituciones que resguarden los principios constitucionales, las instituciones con representación popular se pueden volver dependientes de formas de poder no democráticas. El intercambio entre las instituciones y la ciudadanía es tan importante para la democracia deliberativa como es la calidad de los debates públicos entre los ciudadanos y entre los congresistas. Los debates públicos no sólo obligan a exhibir las razones en sustento de las propuestas, sino que también posibilitan la innovación y el cambio democráticos y hacen que las instituciones que organizan la deliberación sean más eficaces y receptivas a la ciudadanía. La intervención y veeduría permanente de los ciudadanos, que deben participar

por muy regulativo que se predique el ideal, en inservible por irrealizable siquiera como ruta hacia la que debemos dirigirnos para mejorar las cosas en la realidad de las sociedades.

⁴⁹⁴ Barber, Benjamin, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 172.

⁴⁹⁵ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 1999, p. 516.

⁴⁹⁶ Sunstein, Cass, “Beyond the Republican Revival”, *cit.* El derecho constitucional contemporáneo no es imparcial, sino que se encuentra sesgado a favor del *statu quo*, por lo que tiende a tratar como una “toma de posición” o un accionar parcial cualquier iniciativa que lo distancie del presente estado de cosas. Por esta razón, cuando el *statu quo* no es justo ni trata a todos por igual es en virtud del mismo respeto que se le debe dispensar a la imparcialidad por el que se exige la realización de reformas y un mayor “activismo” estatal. Sunstein, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

directa y profundamente en el destino político de la sociedad, se concibe en la democracia deliberativa como una condición esencial del sistema democrático, que se enfoca en el fortalecimiento de los valores públicos y de la moralidad civil de la comunidad.

Conforme a Rawls, en el hecho de la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa.⁴⁹⁷ Ya desde *Teoría de la justicia* (1971) había expresado la importancia que le asigna a la deliberación ciudadana como medio para tomar decisiones correctas: “el intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión”.⁴⁹⁸ No resulta suficiente que se les garanticen a todos los ciudadanos por igual el derecho político al voto si previamente no se han asegurado condiciones de igualdad de oportunidades en la competencia electoral.⁴⁹⁹

Rawls realizó propiamente el giro deliberativo con uno de sus últimos artículos: “The Idea of Public Reason Revisited”,⁵⁰⁰ donde criticó la forma como la política estadounidense se ha visto cada vez más dominada por intereses de corporaciones que, al realizar cuantiosas contribuciones a las campañas, distorsionan, si no es que excluyen, la posibilidad de realizar la debida deliberación pública. Si bien no presenta una descripción detallada de la teoría de la democracia deliberativa, sostuvo que su preocupación estaba relacionada con la “democracia constitucional bien ordenada”, la cual se concibe igualmente como democracia deliberativa.⁵⁰¹ Los tres elementos esenciales de la democracia constitucional bien ordenada son: *una idea de razón pública*, en tanto que la democracia deliberativa limita las razones que los ciudadanos pueden elegir en sustento de sus opiniones políticas a aquellas razones que estén acordes con la consideración de los otros ciudadanos como iguales. El segundo elemento es de naturaleza formal, pues involucra un esquema de instituciones constitucionales democráticas que establezcan escenarios para el ejercicio de la deliberación por parte de los

⁴⁹⁷ Rawls, John, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, cit., p. 138. Esta idea se expresa con claridad en Lafont, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, cit.

⁴⁹⁸ Rawls, John, *Liberalismo político*, cit., p. 327.

⁴⁹⁹ Rawls, John, “The Basic Liberties and their Priority”, en McMurrin, Sterling M. (ed.), *Liberty, Equality, and Law*, University of Utah Press, 1987.

⁵⁰⁰ Rawls, John, “The Idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, 1997, incluido posteriormente en su libro, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, por donde se cita.

⁵⁰¹ Rawls, John, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, cit., pp. 138 y ss.

cuerpos legislativos. El tercero es el conocimiento y el deseo por parte de los ciudadanos en general de seguir la razón pública y de realizar su ideal en su conducta política.

La deliberación colectiva permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diferente información y diversas perspectivas a las que se les impone la necesidad de su propia razonabilidad al momento de exteriorizarlas con el objetivo de lograr un consenso. Por medio de la discusión, los ciudadanos suponen que sus opiniones políticas pueden ser revisadas, razón por la cual tales opiniones no son simplemente un resultado asegurado de sus intereses privados o no políticos.⁵⁰² Es central en la forma actual de concebir a la democracia deliberativa la idea rawlsiana de la “razón pública”,⁵⁰³ es decir, de aquellas razones a las que públicamente se puede apelar cuando se procura apoyar o criticar una determinada medida. En la deliberación que comporta cuestiones esenciales y determinantes para la democracia en general o para distintos grupos o partidos —particularmente de aquellos minoritarios cuyos intereses pueden ser vulnerados más fácilmente por la falta de representación política— no pueden invocarse en sustento de una u otra posición razones que a la vez no puedan ser oponibles públicamente. En una democracia debe haber una idea de razón pública y un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. Pero ante todo debe haber el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en su comportamiento político.

Incluso las instituciones económicas internacionales en general están empezando a tomarse en serio la utilidad potencial de la democracia deliberativa en tanto forma para revelar cómo han operado tradicionalmente los falsos consensos y los resultados inequitativos, básicamente, debido a las reuniones políticas en las cuales no hay deliberación, sino discusión coaccionada.⁵⁰⁴ Ampliar la democracia deliberativa también se ha analizado como una forma de reducir las asimetrías de poder y contribuir a asegurar que los procesos de negociación sean más justos que, por ejemplo, los actualmente existentes en el contexto de negociaciones comerciales multilaterales. Teo-

⁵⁰² *Ibidem*, p. 139.

⁵⁰³ Freeman dedica gran parte de su conocido artículo de revisión sobre la democracia deliberativa a analizar la obra de Rawls. Al respecto. Véase Freeman, Samuel, “Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 29, vol. 4, 2000.

⁵⁰⁴ Higgott, Richard, “International political economy”, en Goodin, Robert E. *et al.* (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2a. ed., Oxford, Blackwell, vol. I. 2007.

rías como la desarrollada por Habermas surgen en discusiones acerca de cómo aumentar la legitimidad de los procesos de toma de decisiones dentro de instituciones como la Organización Internacional de Comercio.⁵⁰⁵

El poder político debe honrar el “principio de legitimidad”, que se procura alcanzar mediante el ejercicio de la razón pública, cuando se ejerce conforme a una Constitución cuyo contenido esencial es razonable esperar que todos los ciudadanos suscriban.⁵⁰⁶ La idea de razón pública es la que caracteriza, entonces, los razonamientos ciudadanos referidos a los esenciales constitucionales y a los asuntos de la justicia básica.⁵⁰⁷ Por ejemplo, si un grupo de ciudadanos, por muy numeroso que sea, pretende sustentar que el principio de respeto a la vida incorporado en la Constitución implica que la protección debe iniciar en la concepción y terminar con la muerte natural, por lo que se prohibiría el aborto en cualquier forma y la regularización de la eutanasia, se estaría violando el “principio de legitimidad” y actuando conforme a razones privadas que quienes no pertenecen al mismo credo, son ateos o laicos, pueden razonablemente rechazar.

La concepción de Joshua Cohen trasciende la idea de la democracia deliberativa como teoría de la legitimidad. Configura un esquema de derechos basados en la forma de alcanzar la deliberación ideal.⁵⁰⁸ Los participantes en la deliberación se consideran a sí mismos obligados solamente por los resultados y las precondiciones de la deliberación. Son libres de cualquier autoridad o de normas o requisitos previos. Suponen que pueden operar conforme a la decisión que tomen. El proceso deliberativo es una razón suficiente para cumplir con la decisión tomada. A las partes en la deliberación se les exige otorgar razones en sustento de sus propuestas, las cuales son aceptadas o rechazadas con base en las razones otorgadas, tal como se configuró el contenido de la deliberación misma. Los participantes son iguales desde dos puntos de vista: formal, toda vez que cualquiera puede presentar propuestas, criticar y apoyar medidas, y no hay una jerarquía pre establecida; y sustancial, porque los participantes no están limitados ni restringidos por distribuciones de poder, recursos o normas preexistentes. Los participantes no se consideran a sí mismos atados por el sistema de derechos

⁵⁰⁵ *Idem*.

⁵⁰⁶ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 127 y ss.

⁵⁰⁷ Para la definición y los aspectos de la noción de “razón pública”, consultense Rawls, John, *Political Liberalism*, cit., Lecture VI; *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, cit., pp. 132-140; Mejía Quintana, Óscar, *Justicia y democracia consensual*, cit., pp. 163-168; “La filosofía política de John Rawls (II)”, en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, cit., pp. 86-89.

⁵⁰⁸ Cohen, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, cit.

existente, excepto en la medida en que tal sistema establezca el marco de la deliberación libre y entre iguales. La deliberación se dirige hacia la posibilidad de conseguir un consenso racionalmente motivado. Procura encontrar razones aceptables para todos los que están comprometidos con tal sistema de toma de decisiones. Cuando el consenso, o algún tipo de acuerdo, no es posible, se debe tomar la decisión mayoritaria.

Pueden establecerse entonces cinco características esenciales para el desarrollo de las discusiones y la legitimidad de sus resultados, las cuales ilustran la forma como la Corte Constitucional colombiana ha planteado exigencias procedimentales al Congreso respecto del tipo de debates que deben desarrollar. Las características son:⁵⁰⁹ a) Debe estar disponible información precisa y relevante para todos los participantes en la deliberación. b) Las diferentes posiciones son comparadas con base en la evidencia y las razones que exhiban en su sustento (equilibrio sustantivo). c) Se deben considerar todas las posiciones más importantes que resultan relevantes para la cuestión bajo examen que son sostenidas por algún participante (diversidad). d) Los participantes con sinceridad consideran y ponderan todos los argumentos a favor y en contra de las perspectivas alternativas (concienciación “Conscientiousness”). e) Las perspectivas son consideradas y ponderadas con base en las evidencias y no en quien está abogando por una perspectiva en particular (igual consideración).

La concepción deliberativa de la democracia estructura y defiende un procedimiento de naturaleza discursiva, que está regido por el intercambio de razones y argumentos entre personas que en igualdad de condiciones, sustentan puntos de vista distintos y tienen diferentes prioridades, pero que deben llegar a decisiones que sólo se reputarán legítimas en la medida en que una apertura discursiva permita que se puedan *transformar las preferencias* políticas atendiendo no a la fuerza, sino a la argumentación.⁵¹⁰ Conforme a Gutmann y Thompson,⁵¹¹ el principio más importante de la democracia

⁵⁰⁹ Fishkin, James S., “Making Deliberative Democracy Practical”, *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2009. Para su definición de la democracia deliberativa véase *ibidem*, pp. 80 y ss.

⁵¹⁰ Cohen, Joshua, “An Epistemic Conception of Democracy”, *Ethics*, vol. 97, núm. 1, 1989, pp. 17-22; Dryzek, John, *Discursive Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, and Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Habermas, Jürgen, “Further Reflections on the Public Sphere”, en Calhoun Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT Press, 1992; Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Bohman, James, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996.

⁵¹¹ Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, “Why deliberative democracy is different?”, *Social Philosophy & Policy*, vol. 17, núm. 1, 2000.

deliberativa es que los ciudadanos se deben unos a otros justificaciones por las leyes que colectivamente se imponen. Para la concepción deliberativa de la democracia, la principal virtud de los procesos de toma de decisiones políticas, y la que igualmente los justifica, es entonces la imparcialidad y el bien común, las cuales resultan de la amplia deliberación pública, que antecede la votación, realizada entre los ciudadanos en condición de libertad e igualdad que serán afectados por ella.⁵¹²

Los prejuicios y las razones egoísticas en los argumentos que pueden surgir en la deliberación se excluyen del debate político por su falta de pretensión de universalidad. De esta forma, las ideas deben tener un grado de imparcialidad para que puedan ser justificadas en términos del bien común. Tal necesidad de justificar las decisiones amplía la posibilidad de que se tomen decisiones sustantivamente correctas y que se garanticen mínimamente las expectativas de los diversos sujetos integrantes de la sociedad. La deliberación llevada a cabo conforme a las restricciones de la teoría conduce mejor que otros medios, tanto al refinamiento de los argumentos presentados para sustentar los puntos de vista individuales como a la ansiada imparcialidad en las decisiones políticas, ofreciendo un camino más defendible para alcanzar políticas mutuamente justificables a partir de razones ponderadas por parte de todos los eventualmente afectados por ellas.

De igual forma, no es que la deliberación cambie necesariamente las preferencias de los individuos, pero sí puede conducir a que las modifiquen para que sean aceptables ampliamente. Se propende así por resultados más justos⁵¹³ y por la creación de un mayor entendimiento y, de este modo, una mayor tolerancia entre las perspectivas opuestas.⁵¹⁴ En una democracia debe haber una idea de razón pública y un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. Pero ante todo debe haber el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en su comportamiento político.

Luego de preguntarse qué justifica la democracia, Nino analiza y muestra los límites e inconsistencias de las principales alternativas teóricas que se han propuesto para darle respuesta a esta pregunta. Reúne en dos grupos tales alternativas: como concepciones para las cuales los intereses de las personas son inalterables, asocia la utilitarista, la del análisis económico

⁵¹² Manin, Bernard, “On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, vol. 15, núm. 3, 1987, p. 352.

⁵¹³ Young, Iris M., *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000.

⁵¹⁴ Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 3-7.

co, la elitista, la pluralista y la consensualista; como concepciones transformadoras de las preferencias individuales, reúne a la soberanía popular, las teorías perfeccionistas y los enfoques dialógicos.⁵¹⁵ Argumenta a favor de una concepción deliberativa de la democracia. Nino realizó significativos aportes a la teoría democrática⁵¹⁶ a partir de la defensa de una concepción epistémica,⁵¹⁷ en virtud de la cual el procedimiento político determinado por la deliberación otorga legitimidad a las decisiones que resultan del mismo, porque es el más confiable en términos de probabilidad para alcanzar decisiones correctas. El valor epistémico de la democracia deliberativa radica en que sus procedimientos permiten a los participantes, llegar a un conocimiento sobre la verdad moral. La democracia radica en la posibilidad de transformar las preferencias de las mayorías hacia un mejor logro de la realización de los valores morales liberales. La concepción deliberativa de la democracia en su dimensión epistémica concibe a la democracia de forma profundamente entrelazada con la moralidad y confía en su poder para transformar las preferencias de las personas en preferencias moralmente aceptables... El consenso logrado después de un ejercicio de discusión colectiva debe tener alguna confiabilidad con respecto al conocimiento de verdades morales.⁵¹⁸

De la fiabilidad del mecanismo procedural de toma de decisiones depende el valor epistémico de la democracia. La prueba que debe satisfacer una decisión para ser aprobada a través de los procedimientos democráticos es la misma que debe satisfacer una proposición que aspire a ser reconocida como verdadera desde el punto de vista moral.⁵¹⁹ A partir de

⁵¹⁵ Sobre tales concepciones, puntualmente, véase Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit.; Gargarella, Roberto, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en Martí, José L. y Besson, Samantha (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, London, Ashgate, 2006; vers. cast. de García J., Leonardo, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, cit.

⁵¹⁶ Como lo han reconocido no sólo autores latinoamericanos. Bohman, James, “Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy”, cit., p. 403.

⁵¹⁷ Entre otros autores como Estlund, Cohen, Barber y Habermas.

⁵¹⁸ Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 143.

⁵¹⁹ La versión teórica de Nino es la más sugestiva presentación de la democracia deliberativa desde un punto de vista epistémico, esencialmente con su libro póstumo *The Constitution of Deliberative Democracy* (cap. 5). Sobre el enfrentamiento entre quienes sustentan la perspectiva epistémica o la democrática de la deliberación, véase Hongju, Harold y Slye, Ronald (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999; Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPIC, 2007, cap. 5; Cohen, Joshua, “An Epistemic Conception of Democracy”, cit., Estlund, David, “Beyond Fairness

esta articulación de la democracia con la verdad moral, Nino se aleja de las justificaciones tradicionales de la democracia al no apelar a los resultados que se consiguen gracias a ella ni a sus propios valores. Conforme a Estlund, “Las leyes que son promulgadas de manera democrática son legítimas y están dotadas de autoridad, porque son producidas a partir de un procedimiento con una tendencia a darnos decisiones correctas”.⁵²⁰

El ideal deliberativo de la democracia encuentra varios puntos de intersección con el principio de imparcialidad: la discusión evidencia y, consecuentemente, ayuda a eliminar los errores fácticos y lógicos que normalmente presentan nuestros juicios. La deliberación opera como un filtro externo al exteriorizar tales juicios ante otras personas, quienes contribuyen colectivamente a mostrar consecuencias adicionales o contradicciones entre los mismos. Al deliberar, se intercambia información, lo cual redunda en un enriquecimiento de los juicios y en una ampliación del panorama de sus posibilidades de acción. La deliberación alienta un genuino intercambio de argumentos. La eliminación de prejuicios sociales, malentendidos y errores interpretativos que afectan la calidad de los argumentos también es una de las ventajas de la discusión.

El escenario deliberativo en la acción política es un depurador natural de los discursos subjetivos. Muchas veces la falta de apoyo o respaldo a una decisión importante socialmente no está condicionada por el autointerés egoísta, sino por el desconocimiento de las preferencias y necesidades de otros. El conocimiento del interés ajeno tiende a robustecer la formación del consenso. La deliberación también tiene un atributo pedagógico, toda vez que al presentar y defender públicamente nuestras perspectivas políticas, el procedimiento deliberativo nos constriñe a intercambiar argumentos, escuchar otras razones, morigerar posiciones y ajustar algunas perspectivas para conseguir una decisión consensuada. Los ciudadanos se educan a sí mismos en la convivencia cívico-democrática, desarrollan un sentido de commiseração y puede aumentar así la solidaridad social. Para afrontar las constantes críticas hacia las condiciones que antepone la implementación de modelos

and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”, en Bohman, James y Rehg, William (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, cit.; Rehg, William, “Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy”, *The Modern Schoolman*, núm. 74, 1997. Para una distinción entre las perspectivas procedimentales y epistémicas de la deliberación, véase Dryzek, John, *Deliberative Democracy and Beyond, Liberals, Critics, and Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Freeman, Samuel, “Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment”, cit.

⁵²⁰ Estlund, David M., *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 8.

de democracia deliberativa, Gargarella afirma que “si tomamos como punto de partida el hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, aquellos mecanismos que pueden ayudarnos a corregir nuestras decisiones, las cuales están y siempre estarán sujetas a errores fácticos y lógicos, a falta de información y a prejuicios sociales”.⁵²¹

V. VIABILIDAD DE LOS IDEALES DELIBERATIVOS

En un influyente artículo de revisión, James Bohman⁵²² analiza tres distintas formas como han cambiado los ideales de la democracia deliberativa para responder a los desafíos que se han planteado por su viabilidad práctica, en el contexto de la toma de decisiones en la arena política. La democracia deliberativa se preocupó en sus orígenes por aspectos como la participación popular, la discusión pública, el razonamiento y las maneras como se conforman los juicios, pero en su madurez la cuestión central es relativa a su viabilidad. Bohman⁵²³ revisa con un énfasis práctico algunas de las principales teorías para mostrar que esta preocupación conduce a una teoría normativa más rica y a una concepción más completa de esta forma de democracia.

Los principales autores que han contribuido al crecimiento y la depuración de la doctrina han abordado la cuestión acerca de cómo tales ideales podrían, de hecho, contribuir a mejorar las condiciones actuales de nuestras democracias, caracterizadas, por un lado, por un pluralismo de concepciones en todos los ámbitos de la vida privada y en comunidad, y por otro, por una disposición política y jurídica de proteger y desarrollar dicho pluralismo. En virtud a estas consideraciones es probable que el intento por llegar a un consenso desemboque en profundos conflictos. Un atributo común a estos autores es que con plena conciencia de que su objeto de estudio es un ideal, o un conjunto de ideales, lo toman en consideración de fenómenos políticos concretos. El contexto en el cual se desarrollan las discusiones como debe hacerlo, influye profundamente en la configuración del modelo teórico.

Las distintas versiones de la teoría de la democracia deliberativa (i) se han concentrado durante los últimos años en el proceso de deliberación mismo, en lugar que en sus ideales y en las condiciones y procedimientos contrafácticos. Esto ha conducido a un énfasis creciente en los aspectos mo-

⁵²¹ Gargarella, Roberto, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, *cit.*

⁵²² Bohman, James, “Survey Article. The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *cit.*

⁵²³ *Idem.*

rales y epistémicos de la manera de justificar públicamente las decisiones políticas. Asimismo (ii), se han interesado cada vez más en los problemas concernientes a la institucionalización; es decir, en cómo hacer que instituciones como el voto y la regla de mayorías, la representación, los tribunales y el derecho constitucional, sean más deliberativos en sus prácticas en lugar de ser rechazados por defender una idea más directa o representativa de la democracia. Finalmente (iii), las principales versiones de la teoría de la democracia deliberativa han estado preocupadas por examinar y comparar diferentes marcos y procedimientos deliberativos, señalando problemas empíricos que no siempre se pueden anticipar o abordar sólo con elementos teóricos o con argumentos conceptuales.⁵²⁴

La deliberación pública entre los ciudadanos en condiciones de libertad e igualdad en la oportunidad de participación es el núcleo de la toma de decisiones y el autogobierno legítimo. La democracia deliberativa, en cualquiera de sus modelos, se debe sustentar en la razón pública:⁵²⁵ un requerimiento para legitimar algo es que todos lo puedan aceptar o que no sea racionalmente rechazable. La razón pública existe en un proceso regido por normas de libertad, igualdad y publicidad. En estas condiciones ideales de procedimiento, el resultado será una decisión justa y aceptable por todos. Sin embargo, este enfoque no muestra por qué las razones de cualquier decisión son buenas razones y se ve enfrentado a problemas de justificación política.

Entre proceduralistas y constitucionalistas existe una potencial dicotomía acerca de cuál perspectiva es más importante, la cual enfatiza Bohman que la política deliberativa debe rechazar y establecer en cambio una interacción dinámica entre ambos para lograr que un conjunto de principios —reciprocidad, publicidad y responsabilidad— dispongan las condiciones necesarias para la deliberación y los resultados sustantivos.⁵²⁶ Estlund señala que el proceduralismo puro es insensible a las razones, especialmente a lo que las hace buenas o malas. También considera que falta un “procedimentalismo deliberativo justo” en el que se sopesen los aportes de cada uno de acuerdo con los principios propuestos por los autores.

Sin la necesidad de ahondar en el debate entre las posturas proceduralistas o sustantivistas de la democracia deliberativa, conviene aludir

⁵²⁴ *Idem*.

⁵²⁵ Rawls, John, “The Idea of Public Reason Revisited”, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 131-156.

⁵²⁶ Para Gutmann y Thompson, la regla de mayorías es polémica, porque se encuentra entre ambos bandos. Estlund reconoce esta relación como “procedimentalismo epistémico”. *Idem*.

al dilema que Gutmann y Thomson han encontrado y al que se han referido como el “punto muerto entre procedimentalismo y constitucionalismo”. ¿Los procedimientos democráticos tienen prioridad sobre los resultados o al contrario? El derecho constitucional jurisprudencial colombiano presenta una muestra de lo efectivo que tanto para la democracia como para el constitucionalismo resulta rechazar esta dicotomía teórica y concebir en cambio que el modelo deliberativo, en el marco de una democracia constitucional, acoge una interacción dinámica entre procedimiento y tipo de resultado. Se ha examinado repetidamente cómo se deben tomar procedimentalmente las decisiones; conforme a qué criterios reglamentarios, axiológicos y principialistas. Sin un compromiso directo con ciertos fines o contenidos que deben exhibir las normas, por el margen de acción del legislativo, la Corte ha reivindicado el respeto por la normativa procedural, pero sobre todo por aquellos principios que en virtud de la prioridad constitucional de lo sustantivo sobre lo procedural⁵²⁷ están detrás de dicha normativa.

Uno de los modelos deliberativos más influyentes, que proporciona una mejor alternativa política que el procedimentalismo epistémico, sustenta la necesidad de incorporar principios de naturaleza moral a los aspectos epistémicos de la deliberación. La política deliberativa se preocuparía entonces asimismo por los actores que deben ser incluidos en el proceso deliberativo. Sobre este punto, los teóricos consideran diferentes aspectos de relevancia y ofrecen algunas teorías y principios. Gutmann y Thompson ofrecen principios procedimentales y sustanciales. Desarrollan una “Constitución de la democracia deliberativa”, que busca superar los límites del procedimentalismo y garantizar los principios más allá de las condiciones de la deliberación hacia su contenido. Proponen la búsqueda de argumentos justificables limitados por principios institucionales.⁵²⁸ Haciendo a la democracia más deliberativa los ciudadanos tienen una mejor oportunidad de resolver discrepancias morales, y, a su vez, la deliberación misma, sometida a determinadas reglas que a su vez amparan principios sustantivos, se convierte en el núcleo del proceso, debido a la necesidad de la justificación para tomar decisiones aceptables.

La interacción dinámica entre procedimiento y resultado, pugna por que ni los principios que definen el procedimiento deliberativo ni los prin-

⁵²⁷ Según el principio de instrumentalidad de las formas, la Corte ha declarado constitucionales normas en cuyo trámite se afectó en algún momento alguna norma procedural, el vicio de procedimiento generado no constituye la necesidad de declarar la inconstitucionalidad, porque se verifica que se trata de una irregularidad irrelevante, toda vez que no afectó el principio que la norma procedural buscaba proteger.

⁵²⁸ Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

cipios que constituyen su contenido mismo, tengan prioridad por sí mismos en la deliberación democrática.⁵²⁹ Son compatibles las justificaciones epistémica y sustantiva de la democracia deliberativa.⁵³⁰ Se justifica tanto como procedimiento en la toma de decisiones como por el contenido de ellas: debido a los valores sustantivos de igualdad política y respeto moral que son internos al proceso democrático, y estos valores a su vez operan como restricciones externas sobre el contenido de los posibles resultados de las decisiones mayoritarias.⁵³¹

La ventaja de tomarse en serio la concepción normativa de la democracia en sede del procedimiento legislativo radica en que, apropiadamente entendida, la justificación política no es puramente procedural ni puramente sustantiva, o “constitucional”, como dicen Gutmann y Thompson. Esta concepción puede en efecto mostrarse superior a las alternativas mayoritarias, populistas, agregativas o elitistas de la democracia, si se concibe desde una articulación entre lo procedural y lo sustantivo en un conjunto de principios que configuran las condiciones necesarias de la deliberación y de sus resultados sustantivos.⁵³² Dentro de los principios que también debe amparar la Corte en su examen de constitucionalidad se encuentra el mayoritario y el respeto al margen de configuración legislativa del Congreso. Como lo ha demostrado la Corte, no hay que ejercer un control estricto sobre el contenido material de las decisiones del Congreso para asegurar que los principios constitucionales fueron honrados. Habermas, respecto de la viabilidad de la democracia deliberativa, considera que los límites de la deliberación deben estar basados en los factores sociales de la sociedad moderna. Los procesos ideales deliberativos no proporcionan una orientación para un diseño institucional, toda vez que un sistema político no puede organizar la sociedad como un todo, porque el proceso democrático está en un contexto que no se puede regular por sí mismo.

Conforme a Bohman, una teoría viable de la democracia deliberativa debe tener tres componentes: procesos de justificación complejos, morales y epístémicos; debe entender la importancia de las limitaciones sociales e

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁵³⁰ El procedimiento democrático deliberativo es a la vez adecuado epistémicamente para producir resultados justos y respetuosos de determinados valores sustantivos. Esta tesis es defendida por Martí, quien además sostiene que ambas justificaciones por separado son necesarias, pero insuficientes. Martí, José Luis, *La república deliberativa*, cit., pp. 179 y ss.

⁵³¹ Bohman, James, “Survey Article. The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 4, 199, pp. 404 y ss.

⁵³² Bohman, James, “Survey Article. The Coming of Age of Deliberative Democracy”, cit., pp. 404 y ss.

históricas de la democracia, y debe considerar las oportunidades y las limitaciones de las amplias condiciones sociales. De esta forma se logrará una teoría realista no escéptica que entienda la importancia de los hechos sociales y cuyo núcleo sea la justificación pública. La democracia deliberativa está madurando gracias a consideraciones sobre su viabilidad, formas de regular desacuerdos y límites empíricos.

Dos son las exigencias requeridas para la implementación de sistemas de democracia deliberativa, las cuales hacen parte de su “núcleo común”: al sostener que en el proceso inclusivo de toma de decisiones deben intervenir (directamente o por intermedio de sus representantes) todos aquellos que serán afectados por las decisiones en juego (“parte democrática”); la toma de decisiones se realice por medio de argumentos ofrecidos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (“parte deliberativa”). Si bien estas dos caracterizaciones son preliminares, captan razonablemente bien la interacción de todas las definiciones presentes, por lo cual representan el punto de partida de las concepciones deliberativas.⁵³³

Las decisiones públicas, entonces, deben ser adoptadas luego de un amplio proceso de discusión colectiva entre los representantes de los potencial y realmente afectados por las mismas (ya que en las sociedades actuales es empíricamente imposible que cada quien funja como su propio representante), en los que se presenten argumentos sólidos que procuren la imparcialidad con miras a la legitimidad, y no sólo la legitimación (es decir, la aceptación de un sector o grupo), de todo el sistema jurídico-político. Para los defensores de la democracia deliberativa, en definitiva, la política debe consistir fundamentalmente en discusión pública, y sería el Legislativo el poder que estaría llamado a jugar un rol sobresaliente en la promoción y coordinación de la deliberación. Los representantes electos cumplen adecuadamente con su tarea y toman sus decisiones luego de una razonada deliberación, maximizando las oportunidades de que las leyes sean imparciales y se haga así justicia con los intereses involucrados.⁵³⁴

Si bien el énfasis en la viabilidad puede tener dos interpretaciones, a saber: mucho realismo político respaldado por el liberalismo, y puede no ser lo suficientemente realista por requerir muchas normas de igualdad, a juicio de Bohman esto último es falso. La idea de la viabilidad debería ser normativa, pues no implica la rendición de las ideas originales de la democracia

⁵³³ Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, cit., pp. 8 y 9.

⁵³⁴ Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 109, 2001.

deliberativa ni la acomodación a hechos sociales institucionales existentes. Por ser un ideal práctico, demostrar su viabilidad entendiendo sus limitaciones hace de esta una base más atractiva para una reforma e innovación genuina. Esta investigación procura reivindicar las palabras de Bohman de hace más de una década: la democracia deliberativa ha madurado, sobre todo como ideal práctico.

VI. LA TEORÍA NORMATIVA DE LA DELIBERACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

La democracia deliberativa es un proceso comunicativo basado en la razón, capaz de transformar las preferencias individuales y en este sentido hacer que se tomen decisiones orientadas al bien común. Dicho proceso se da bajo condiciones de igualdad, transparencia e inclusión. De ahí que la teoría normativa comparta un núcleo común de valores y conceptos y, a su vez, que los estudios empíricos adopten sólo algunos que son evaluados bajo un rango de condiciones y que son usados para beneficiar las investigaciones, con lo cual cambian los resultados.⁵³⁵ La relación entre los estudios teóricos y empíricos sobre democracia deliberativa se ha caracterizado, sobre todo recientemente, por una tensión debido a la imposibilidad de alcanzar en la práctica los altos estándares que defienden los normativistas. Dennis Thompson reúne las características más importantes de la democracia deliberativa desde estas dos perspectivas a partir de la consideración de que la teoría normativa y la investigación empírica pueden ejercer influencia recíproca.

Los teóricos reconocen que la investigación empírica sirve para precisar determinados aspectos negativos de la política y, así, señalar defectos del sistema. Es posible proponer nuevas reformas a la teoría para traer mejores condiciones a la democracia deliberativa. Los teóricos y los científicos de la política enfrentan desafíos en la construcción de la definición de la democracia deliberativa y, sobre todo, necesitan comprender que deben trabajar de forma articulada para poder determinar el lugar que ocupa la deliberación en la teoría y práctica de la democracia.

Debido al aislacionismo de unos y otros, surgen problemas con la descripción de lo que significa la democracia deliberativa. El primero es analítico, y tiene que ver con los conceptos, la evaluación de estándares y las condiciones empíricas; el segundo es el conflicto interno entre los valores que promueve la misma deliberación; y el tercero es el problema estructural.

⁵³⁵ Thompson, Denis, “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008.

El análisis de los *criterios conceptuales* ayuda a los teóricos y a los empíricos a delimitar el campo de estudio y las prácticas que se estudian. Justifica las conclusiones a las que se pueda llegar. Thompson parte de la idea de que las políticas deliberativas pueden contribuir a la formación de personas capaces de discutir temas políticos y generar, así, condiciones que puedan construir espacios deliberativos, pero no se puede incurrir en el error de confundir cualquier conversación política con la deliberación que exige la teoría. El concepto no puede ser demasiado amplio, no puede incluir toda forma de conversación política, ya que derivaría en un comportamiento incierto de la teoría deliberativa.⁵³⁶

La discusión política ordinaria debe diferenciarse de la deliberación orientada para lograr el propósito de conseguir una decisión. Es importante reconocer que la democracia deliberativa incluye muchos tipos de interacciones políticas más que la deliberación.⁵³⁷ Investigaciones sobre democracia deliberativa deben eludir la ambición teórica de contar con un concepto muy amplio de la deliberación. Se deben enfocar en cambio en aquellos aspectos de la práctica que se relacionan directamente con los problemas fundamentales que la teoría procura resolver. En una situación de desacuerdo, cómo pueden los ciudadanos llegar a una decisión colectiva que sea legítima. Los dos primeros aspectos del problema, el desacuerdo y la decisión, caracterizan las circunstancias de la democracia deliberativa. La tercera, la legitimidad, señala el proceso mediante el cual, bajo tales circunstancias, las decisiones colectivas pueden llegar a ser moralmente justificadas por quienes estarán atados a ellas.⁵³⁸ Para precisar entonces el espectro de la deliberación: Thompson propone tres momentos del proceso deliberativo.

1) La situación de desacuerdo. No existe un acuerdo sobre cómo alcanzar el bien común. Todos los participantes de la deliberación tienen opiniones diferentes acerca de cómo lograrlo, pero no coinciden en los medios, ya que la jerarquización de valores es distinta para cada ciudadano o grupo. El primer paso de la deliberación es establecer un problema que se debe resolver deliberativamente.

2) De un desacuerdo se pasa a un proceso de toma de decisiones que conduce a una decisión colectiva. La democracia deliberativa se enfoca en

⁵³⁶ Cohen, Joshua, “Deliberative democracy”, en Rosenberg, Shawn (ed.), *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2007. Citado por Thompson, Denis, “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, *cit.*

⁵³⁷ Thompson, Denis, “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, *cit.*

⁵³⁸ *Idem.*

las decisiones que toma el grupo de ciudadanos que se verán vinculados por esta decisión. El proceso colectivo de toma de decisiones supone, de entrada, que los participantes aprendan acerca de asuntos políticos, sean eficaces a la hora de tomar decisiones y generen una cultura de respeto hacia el otro. Sin embargo, los estudios empíricos han demostrado que el proceso deliberativo no surte el efecto esperado, pues los ciudadanos no están tomando decisiones ni ejercen alguna influencia sobre estas. Por lo tanto, es necesario distinguir entre lo que es una discusión política que tiene como objetivo hablar sobre temas políticos, y una deliberación que esté orientada a la toma de decisiones vinculantes.

3) La legitimidad de la decisión. La toma colectiva de decisiones supone, entonces, su legitimidad. Se apela a un proceso mutuo de toma de decisiones en el cual se presenten razones que justifiquen las decisiones. El proceso supone una serie de aspectos que deben tenerse en cuenta para alcanzar la legitimidad del resultado: una forma cívica de razonar dirigida hacia el bien común, y que vinculará a los miembros de la decisión; igual respeto, pues los participantes deben mostrar respeto hacia los argumentos presentados por los demás y deben hacer que sus argumentos sean accesibles a todos; capacidad de adaptación, porque se supone que el razonamiento mantiene la posibilidad de cooperar en otros asuntos; igual participación, conforme a la cual las personas o los grupos en la deliberación no dominen el proceso de razonamiento, así no se esté frente a un escenario de igualdad en poder y prestigio.

El segundo elemento es la *evaluación de estándares*, que se ocupa de juzgar la calidad de la deliberación a través de una serie de estándares. En consecuencia, la primera serie de estándares que se analizan corresponden a los aspectos antes mencionados, que hacen parte de la legitimidad de la decisión. Sobre el nivel de civismo e igual consideración y respeto, las exigencias van dirigidas a mayor calidad de la información y de la interacción de los participantes. La adaptación implica un proceso de construcción de políticas; es decir, no sólo es la discusión orientada a la toma de decisiones aisladas, sino que se pretende construir políticas de manera colectiva. La igual participación es más deliberativa en la medida en que sus participantes estén igualmente capacitados, exista igualdad de oportunidades, representación proporcional, un muestreo representativo e igual tiempo de intervención. Debe generar de igual forma en los participantes un principio de reciprocidad; es decir, que se expongan y se escuchen todos los argumentos de igual manera. La igual participación presupone en un plano ideal que todos los miembros sean iguales, incluyendo los recursos, pero los estudios

empíricos y el sentido común demuestran que eso no es posible, por lo que los teóricos han tenido que ser flexibles con este estándar.

Se analizan dos variables: el conocimiento de los participantes sobre temas políticos y la eficacia con que esos temas son expuestos. Thomson señala dos problemas que han encontrado las investigaciones empíricas. El primero es que el conocimiento que tienen los ciudadanos sobre temas políticos depende de la información sobre políticas públicas, posiciones de los candidatos y acciones gubernamentales. El segundo es que se confunden estándares normativos, particularmente la legitimidad.

Los deliberativistas no ven en el consenso una meta de la deliberación, sino parte de ella. El consenso es entendido como compromiso, y son dos conceptos que señalan actitudes diferentes de los ciudadanos. Sin embargo, la discusión de los resultados se ha enfocado en la justicia de las decisiones. Este concepto ha estado relacionado con la igualdad de las decisiones; esto es, las decisiones son justas en la medida en que se correspondan con principios de justicia. Una decisión es justa si se ha producido una distribución igualitaria del poder. Las decisiones son justas si hay una relación entre la calidad del discurso y la igualdad de las decisiones. La justicia no puede ser establecida a priori de la deliberación, mientras que la igualdad puede ser una meta que se establece antes de llevar la decisión al foro. Tanto teóricos como empíricos han cometido errores al tratar el tema de la justicia.⁵³⁹

El tercer y último elemento sobre la deliberación son las *condiciones empíricas* que deben cumplirse para que un sistema de democracia deliberativa funcione. Estudios empíricos han demostrado que las condiciones permiten establecer que conceptos o estándares evaluativos satisfacen un determinado proceso deliberativo y cuáles deben sacrificarse para lograr el mismo objetivo. Las condiciones que se presentan son de carácter institucional y cultural. Por un lado, la igualdad y la publicidad son condiciones favorables a nivel institucional. La igualdad de talento, recursos, estatus y poder permitiría una mejor deliberación, ya que los miembros se sentirían con el mismo derecho de hablar; es decir, no es que no tengan el mismo derecho, sino que la percepción de los ciudadanos sería diferente. La publicidad tiene que ver con que el foro deliberativo esté abierto para la evaluación y la indagación de los elementos que permitan que los ciudadanos se formen un juicio, bien de manera directa o indirecta. El razonamiento se divide en dos órdenes. En el primero, los argumentos pueden ser presentados en privado, lo que implica el riesgo de que se pongan por encima intereses personales o complotos entre los partidos contra los intereses públicos.

⁵³⁹ *Idem.*

No obstante, algunos estudios empíricos parecen haber encontrado razones para afirmar que en la privacidad se presentan argumentos sinceros por parte de los participantes, reconocen las complejidades de los procesos y hacen concesiones. En el segundo orden, los argumentos se deben presentar públicamente; es decir, llegar a una instancia de deliberación pública. Así pues, la publicidad puede afectar el razonamiento público. Estudios empíricos señalados por Thompson han demostrado que los foros sólo están dirigidos hacia lo que parecería el bien común y no hacia lo que realmente es. Las condiciones institucionales también pueden ser las coaliciones, sistemas multipartidistas, representación proporcional y debates en las cámaras. Las condiciones culturales enfatizan en el hecho de que los participantes estén de acuerdo sobre un mismo marco de discusión y en que las sociedades no presenten profundas diferencias culturales, razón por la cual la deliberación a nivel internacional es tan difícil.

La teoría normativa y los estudios empíricos han mostrado dos caras de la democracia deliberativa y han construido sus puntos de vista de manera aislada. Esto, podría decirse, no es un aspecto negativo; asegura que ambos escenarios son distintos y han sabido justificar esas diferencias. Así por ejemplo, la teoría normativa se pregunta por si determinado proceso se configura como una forma adecuada de deliberación; mientras que la ciencia política empírica se pregunta por si ese proceso cuenta con las condiciones, permiten que los ciudadanos puedan participar de manera efectiva en ese tipo de deliberación. Los partidarios de la teoría normativa y los de la investigación empírica deben articularse para propender por una mejor y más precisa formulación y descripción del proceso deliberativo.

VII. LAS VIRTUDES QUE LA DELIBERACIÓN LE INCORPORA AL PROCESO POLÍTICO

La deliberación en todo caso es una condición *necesaria*, mas no *suficiente* para alcanzar decisiones justas para todos, y no sólo buenas para algunos. Es conveniente considerar las virtudes que le incorpora al proceso político la dinámica que propone esta concepción. Los rasgos esenciales que se incluyen dentro del concepto de democracia deliberativa conforman un planteamiento teórico al que ya nos hemos referido como “núcleo común”, del cual podemos extractar las siguientes características esenciales y potenciales virtudes:

- Al deliberar de forma pública e incluyente los argumentos se expuran de errores lógicos o fácticos, ya que al advertir conjuntamente

las debilidades de las tesis propias y rivales los interlocutores se enriquecen mutuamente y depuran sus perspectivas y los argumentos que las sustentan, avanzando en la construcción de decisiones razonables. Los participantes clarifican y, en muchos casos, redefinen sus propias perspectivas sobre los asuntos que afectarán al resto de la sociedad, ampliando el rango de alternativas de solución sobre los problemas planteados. Así, en el proceso deliberativo puede evidenciarse la falta de compromiso social y el irrespeto por las minorías o algún “mico” en una decisión.

- La deliberación provee mutua información con la que no siempre se cuenta, la cual contribuye a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Favorece entonces la amplia inclusión social a la democracia y alienta un genuino intercambio de argumentos. Así es como no sólo el resultado de la deliberación es producto de nuevas y depuradas consideraciones, sino que también se favorecen las decisiones políticas por el consenso del que son producto.
- La deliberación permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diversas perspectivas y con diferente información. La razonabilidad de las concepciones e ideas se favorece de forma determinante al momento de ser exteriorizadas, porque se acerca hacia el objetivo de lograr un consenso en torno a ellas. “El intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión”.⁵⁴⁰
- Sunstein acuñó el concepto “república de razones” para referir al necesario sistema de frenos y contrapesos establecido en las Constituciones, cuya implementación incrementaría la probabilidad de contar con juicios más reflexivos y en forma potencial más incluyentes.⁵⁴¹ Una buena Constitución debe fomentar una república de razones que les permita a las personas que se oponen en cuestiones éticas y religiosas alcanzar un acuerdo allí donde es necesario, pero defiende también que en algunos casos el acuerdo es innecesario cuando se torna imposible. A partir de tal república de razones los

⁵⁴⁰ Rawls, John *Liberalismo político*, cit., p. 327.

⁵⁴¹ Sunstein, Cass, *Designing Democracy*, cit.

ciudadanos y sus representantes, así como los electores y los miembros del gobierno, deliberan respecto a las distintas funciones decisorias que tienen que cumplir.

- Debido a la exteriorización de las opiniones políticas, los ciudadanos asumen su permanente revisión, por lo cual no serán simplemente un resultado previamente asegurado de intereses privados o, en todo caso, que no correspondan a cuestiones políticas. Por esto, dentro de la concepción deliberativa se debe hablar de “razones públicas” en el sentido de Rawls es decir, de razones laicas, no comprometidas con una ideología distinta de aquella consignada en la Constitución.
- Por la amplia consideración de los asuntos públicos, la deliberación construye a pensar en las pretensiones de los demás, favoreciendo la solidaridad hacia los problemas que aquejan al resto de la sociedad. El intercambio de ideas y creencias reduce la posibilidad de que los ciudadanos se guíen de forma exclusiva por sus propios intereses para que, en cambio, piensen con un sentido comunitario.
- La deliberación limita las razones que los ciudadanos pueden otorgar en sustento de sus concepciones políticas a aquellas que estén acordes con una consideración igualitaria de los otros ciudadanos, pues el hecho de que las razones deban ser de forma permanente oponibles ante terceros obliga a los participantes del proceso deliberativo a trascender sus intereses individuales a favor de las decisiones más razonables que propendan por el bienestar general.
- El respeto a las mayorías deliberantes no implica el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que tomen en consideración tanto los intereses respaldados, de forma amplia, como los minoritarios que, al no contar con representatividad política ni poder económico, suelen quedar casi siempre en simples aspiraciones sin ninguna oportunidad de realización. Para Waldron, la deliberación es valiosa, porque, además de mejorar las decisiones, permite a las voces disidentes ejercer su derecho a ser escuchadas.⁵⁴²
- La exhortación a exponer los argumentos permite que los ciudadanos ejerzan un control efectivo sobre los miembros de instituciones como el Congreso y las altas cortes, particularmente los tribunales constitucionales, ya que su compromiso con lo público les exige

⁵⁴² Waldron, Jeremy, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003.

ge justificar y explicar sus decisiones. Podríamos sostener que esta necesidad de justificación se materializa en una ‘carga de la argumentación’ que tienen los magistrados al tomar un punto de vista diferente al establecido previamente, y en el caso de los tribunales por un precedente aplicable al caso concreto.

- En una sociedad pluralista la dialéctica mediante la deliberación permite integrar la fuerza del disenso, se constituye en una fuerza productiva en la medida en que posibilita que se clarifiquen las diferencias con respecto a los valores bajo los cuales deseamos ser gobernados.
- A través de la discusión los participantes pueden presentar soluciones alternativas teniendo en cuenta el conocimiento disponible sobre los errores del pasado gracias a la deliberación.
- Para Habermas, el proceso de decisión pública por el que devienen las decisiones políticas se orienta hacia la legitimidad del Estado y el sistema jurídico. Las razones que sustentan las decisiones deben ser aceptadas por todos, justificando así igualmente las leyes que posteriormente deberán acatarse. En Habermas la democracia deliberativa se concibe como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública.⁵⁴³

VIII. EL ESCENARIO PARA LA DELIBERACIÓN

Luego de esta conceptualización y caracterización, surge la pregunta por el rol de las altas cortes, y en concreto de la encargada de los asuntos constitucionales, en el marco de sistemas políticos desprestigiados y realidades sociales donde la vulneración de derechos es la constante, pero cuyos esquemas jurídicos están regidos por Constituciones democráticas fuertemente sustantivas. Este punto se relaciona con uno de los debates más intensos y prolíficos en el derecho constitucional comparado contemporáneo, como es la tensión entre el autogobierno democrático y el resguardo al principio de la garantía de los derechos fundamentales como fin del Estado.

⁵⁴³ Habermas, Jürgen, “Further Reflections on the Public Sphere”, *cit.*; *Facticidad y validez, cit.*, pp. 407-468. Sobre la perspectiva de Habermas en torno a la democracia deliberativa, véase *ibidem*, caps. VII-VIII. En general, sobre este punto en Habermas, Gimbernat, José Antonio (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997; Rosenfeld, Michel y Arato, Andrew (eds.), *Habermas on Law and Democracy*, University of California Press, 1998; Sancho, Carmen, “Un modelo diferente de democracia. La democracia deliberativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 122, CEPC, 2003.

Gargarella⁵⁴⁴ articula las principales implicaciones de la democracia deliberativa con la protección judicial a los derechos sociales, sustentando que los jueces se encuentran en una posición de gran importancia, a nivel institucional y democrático, para contribuir a fomentar y fortalecer el proceso deliberativo, tal como ha hecho en Colombia la Corte Constitucional.⁵⁴⁵ Los requerimientos que deben decidir los jueces muchas veces constituyen las falencias que han quedado del proceso legislativo de toma de decisiones. Como sostiene al respecto Nino, “las condiciones individuales del orden social y económico, así como su nivel de educación, constituyen las precondiciones para una libre e igual participación en el proceso político”.⁵⁴⁶ La ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales dificulta la vinculación política de los más desventajados en la sociedad, y por tanto socava todo el valor del proceso democrático.⁵⁴⁷ Sobre todo en sociedades desiguales se deben garantizar mecanismos de política deliberativa para incluir al mayor segmento de la población, que es el que se encuentra en situación de pobreza. Al tomar a los ciudadanos desde una posición de igualdad de participación se propende por su inclusión en el procedimiento de toma de decisiones, lo cual es en últimas lo que lo legitima.

Más que en el resultado del discurso o en las formas sustentadas como se debe desarrollar la acción política, la democracia deliberativa se enfoca en su contenido y en el procedimiento establecido para la adopción de las medidas luego de la acción política. En este contexto, se ha sostenido que el

⁵⁴⁴ *Idem*.

⁵⁴⁵ El mejor ejemplo para sustentar esta afirmación es la subregla que la Corte ha construido en materia de derechos sociales, no sólo el derecho constitucional innombrado al mínimo vital propiamente (desde la T-426 de 1992), sino también el estatus iusfundamental de la educación (T-402 de 1992), el derecho de naturaleza social al agua potable para consumo humano (T-270 de 2007), la vivienda digna (T-585 de 2008), la seguridad social (T-090 de 2009), el acceso a los servicios públicos domiciliarios (T-701 de 2009), la doble connotación del derecho a la salud (T-016 de 2007) y su estatus iusfundamental (T-760 de 2008).

⁵⁴⁶ Este punto de vista ha sido reconocido por la Corte Suprema norteamericana en algunos de sus casos más importantes. Por ejemplo, en *Brown v. Board of Education of Topeka* (347, U.S. 483, 1954) sostuvo que “la educación es un requisito para el cumplimiento de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluso en el servicio militar. Es el cimiento mismo de la buena ciudadanía”.

⁵⁴⁷ “Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático que si no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico se desvanecería. Si alguien está muriendo de hambre, se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto”. Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 201 y 202.

lugar idóneo para el ejercicio de la deliberación es el Congreso,⁵⁴⁸ pues es el órgano plural y deliberativo que está dotado con las capacidades epistémicas adecuadas para que los representantes de los distintos sectores trasciendan sus diferencias y resuelvan los principales asuntos concernientes a la política pública, llegando a decisiones lo más justas posibles.⁵⁴⁹ Habermas, a partir de su planteamiento de la deliberación como una idea procedural de la democracia, considera que el gran foro de las ideas, en donde se consolida la razón pública, es el parlamento.⁵⁵⁰ La misma Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el Congreso, tanto por su origen como por su funcionamiento, es el órgano representativo por excelencia, debido a que en las elecciones para su conformación existe un número plural de fuerzas políticas que compiten y obtienen escaños en su interior y, principalmente, porque su funcionamiento debe respetar reglas de juego previstas para que la pluralidad de fuerzas políticas tengan oportunidad de manifestar, de forma efectiva, sus opiniones y pareceres.⁵⁵¹

El modelo deliberativo no defiende a ultranza el activismo judicial porque implica que, en alguna medida, se retiran ciertos asuntos —y usualmente muchos de los más importantes política y contenciosos socialmente— de la posibilidad de deliberación una vez que han sido clausurados por un fallo judicial. El modelo pugna incluso por restringir el papel de las Cortes, lo cual no conduce a defender desmedidamente el poder representado por las mayorías.⁵⁵² La posibilidad de deliberación en escenarios plurales regidos por reglas y principios permite encontrar el equilibrio necesario entre un adecuado rol judicial, que contribuya en el proceso de creación y desarrollo del derecho, y el respeto al principio de autogobierno y a la democracia participativa.⁵⁵³

⁵⁴⁸ Sunstein, Cass, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1998; *Designing Democracy. What Constitutions Do*, cit.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁵⁴⁹ Sunstein defiende que respecto de asuntos socialmente contenciosos y sensibles, tales como el aborto, la eutanasia o la regularización de la pornografía, el escenario apropiado para la deliberación es el proceso democrático, no los estrados judiciales.

⁵⁵⁰ Habermas, Jürgen, *Factualidad y validez*, cit., pp. 363-406.

⁵⁵¹ Sentencia C-730 de 2011.

⁵⁵² Sunstein, Cass, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, cit., pp. 106 y ss.

⁵⁵³ Hay una tensión inevitable entre dos aspiraciones irrenunciables e igualmente valiosas: el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas

Hay temas que por razones como las competencias expresas, la necesidad de destinación presupuestal, la exigencia de planeación, el margen de acción del Legislativo para la configuración de la política económica y la política criminal, por ejemplo, corresponde decidir democráticamente a los parlamentos. La función judicial debe concentrarse en controlar la realización de la deliberación parlamentaria de conformidad con las normas reglamentarias y los principios constitucionales que son amparados por ellas. Sólo en casos de manifiesta y probada vulneración de derechos que afectan a una población plural de personas por un tiempo indefinido y, sobre todo, respecto de la cual no se han tomado medidas que permitan avizorar un remedio en la situación, la Corte subsidiariamente ha tomado correctivos.⁵⁵⁴ Principios constitucionales en general y aquellos directamente relacionados con el ideal deliberativo, han sido interpretados y concretados en casos particulares por la Corte, a partir de lo cual se ha estructurado una subregla sobre elusión deliberativa que vincula al Congreso en su función legislativa.

Las cortes también deben propiciar la difusión libre de la información, garantizar el derecho de reunión. En su defensa a la democracia deliberativa, Sunstein argumenta que la legitimidad de la democracia debe conducir hacia un “minimalismo judicial”⁵⁵⁵ en virtud del cual las cortes deben ser más bien catalizadoras del debate ciudadano a través de interpretaciones innovadoras en casos difíciles y sensibles a la opinión pública. El esquema deliberativo pugna entonces por una restricción del activismo y progresismo judiciales, sobre todo tratándose de cuestiones respecto de las cuales tienen el poder que confiere la última palabra. De esta restricción no se deriva no obstante una defensa desmedida del poder representado por las mayorías.

Además de que favorece la democracia deliberativa al permitir un debate amplio en todos los niveles, toda vez que cuando hay divisiones sobre lo que significan los derechos y principios es preferible deliberar a que un juez tome una decisión al respecto, también en otras razones fundamenta Sunstein la doctrina sobre el minimalismo judicial: permite que los tribunales respeten sus precedentes al considerar casos sobre los cuales se puede realmente decidir a partir de un “uso constructivo del silencio”, reduce

de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *En canon neoconstitucional*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado, 2011; Madrid, Trotta, 2011.

⁵⁵⁴ El ejemplo paradigmático en este tipo de situaciones es la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales.

⁵⁵⁵ Sunstein, Cass, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

los ámbitos de la decisión a un caso concreto, deja espacios abiertos, y así permite que se tomen decisiones sin considerar aspectos en donde no sería posible que se alcanzaran acuerdos entre jueces colegiados, y hace menos frecuentes los errores judiciales y menos perjudiciales sus efectos, porque es muy difícil prever las consecuencias futuras de un fallo que sienta un principio general.⁵⁵⁶

La concepción deliberativa de la democracia y el control judicial de constitucionalidad⁵⁵⁷ señalan que los ciudadanos deben ser los encargados de pronunciarse sobre las cuestiones políticas sustantivas. Ambas posturas coinciden en la necesidad de contar con una institución de alta jerarquía orientada a honrar los procedimientos democráticos.⁵⁵⁸ Mientras menor sea el alcance e intensidad de la deliberación, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso legislativo sea imparcial. En Colombia su sistema institucional, respecto a la democracia deliberativa, pareciera requerir de un menor papel protagónico que un tribunal que, más que no tener legitimidad democrática porque sus miembros no fueron elegidos directamente por el pueblo, tiene total discrecionalidad para abrir o cerrar canales deliberativos.⁵⁵⁹

Un esquema constitucional centrado exclusivamente en las cortes es desfavorable porque la dependencia en el sistema judicial puede distraer la atención de otras estrategias más efectivas. Es positivo el hecho de que, como muy probablemente suceda al mover la interpretación constitucional del centro del Poder Judicial, la esfera política sea la que adquiera mayor relevancia en este punto.⁵⁶⁰ Tanto los funcionarios públicos como los ciudadanos del común deben hacer parte en la responsabilidad de acometer las

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 5-7.

⁵⁵⁷ Sobre este punto, también, Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., cap. 7.

⁵⁵⁸ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Harvard University Press, 1980; vers. cast. de Magdalena Holguín, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.

⁵⁵⁹ Relevante en este punto un avance que ha presentado Alexy en su teoría. La legitimidad del control constitucional radica en que también se basa en el principio democrático, pero en un principio que acude a un concepto de representación política diferente al propio de una concepción de democracia decisionista que basa su estructura en elecciones libres, sufragio universal y principio de mayorías. El control constitucional se basa en un concepto de representación argumentativa, que consiste en la facultad de los jueces constitucionales de examinar el fundamento racional de las decisiones políticas del legislador para limitar sus iniciativas a aquellas que respeten los derechos fundamentales. Alexy, Robert, *Constitutional Review as Argumentative Representation*. Citado de la versión manuscrita facilitada por el autor.

⁵⁶⁰ Sunstein, Cass, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, cit., pp. 99 y 100. En este punto critica la concepción dworkiniana según la cual los tribunales son “the only principled

reformas sociales, debido también al hecho de que los jueces no son todos expertos en tal área y que no representan a la ciudadanía, por lo cual otras entidades deben tomar la responsabilidad por el progreso de la sociedad.⁵⁶¹

El proactivismo judicial debe ser excepcional y sólo debe ejercerse cuando, por ejemplo, están en juego derechos que son medulares en el proceso democrático o cuando resulta improbable que diversos grupos reciban un tratamiento justo en el proceso de toma de decisiones en la arena política.⁵⁶² El tribunal constitucional tendría, en consecuencia, una importante (pero secundaria) labor que desempeñar. Al respecto, Sunstein propende por una “interpretación constitucional por fuera de las Cortes” debido a que la Constitución fue escrita por todos y no sólo por los jueces, por lo que en consecuencia debe ser activamente interpretada por los ciudadanos.⁵⁶³ Esta idea está en consonancia con la exigencia por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades, ya que la democracia deliberativa requiere una ciudadanía activa, crítica y propositiva. Otra razón para sustentar esta interpretación socialmente extendida del texto constitucional⁵⁶⁴ es que a menudo las decisiones judiciales son poco efectivas.

institution”, y al contrario sustenta que las otras ramas del poder reflejan mejor la tradición de la “deliberación principalista”. *Ibidem*, pp. 101-103.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

⁵⁶² La legitimidad de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional, que en principio corresponderían al Legislativo, radica en parte importante en el carácter subsidiario de tales decisiones sobre asuntos respetuosos a las minorías y atinentes a la protección de ciertos derechos, que son desconocidos por el Legislativo. Precisamente en casos de irrespeto a los principios reivindicados por la concepción deliberativa de la democracia es cuando se justifica un mayor control por parte de la Corte. La omisión parcial, la acción insuficiente o la inacción por parte de los organismos del gobierno o del Legislativo respecto del amparo de derechos, legitiman una mayor intervención judicial. Un caso de omisión legislativa que ha suscitado una sentencia ambiciosa en sus alcances es la salud. Ha sido históricamente un derecho vulnerado sobre todo respecto de personas desfavorecidas por su acceso a recursos. Al principio la Corte lo protegió por conexidad con relación al derecho a la vida y al mínimo vital (T-406 de 1992), y con la sentencia T-760 de 2008 lo elevó a estatus iusfundamental. 90,000 de las 280,000 tutelas que se presentan al año tienen que ver con el derecho a la salud.

⁵⁶³ Varios de los más influyentes teóricos del constitucionalismo y la democracia en Estados Unidos han defendido recientemente la necesidad de arrebatarle a la Corte Suprema el monopolio de la configuración del derecho constitucional mediante la interpretación exclusiva de la Constitución. Los principales trabajos se reúnen bajo el movimiento del “constitucionalismo democrático”, sobre el cual puede consultarse Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

⁵⁶⁴ Levinson ha defendido la necesidad de realizar interpretaciones constitucionales no oficiales, a las cuales denomina interpretaciones “protestantes”, que son tareas conjuntas en las cuales las altas cortes no se encierran en salas plenas a decidir exclusivamente conforme a sus criterios, sino que mantienen abiertos canales para conocer las perspectivas sociales. Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 1988. “Ningún progresista

El poder de los tribunales constitucionales debe, desde esta perspectiva (i), aislarse de las situaciones que corresponde decidir a las bancadas políticas del Legislativo, tales como la cuantía de las transferencias y los impuestos a productos y servicios determinados, y (ii) concentrarse en aquellos casos donde se censuren opiniones, se desampare el derecho de reunión y se imposibilite la discusión democrática, particularmente en los escenarios donde debe protegerse la participación de los grupos minoritarios (es decir, partidos políticos y minorías culturales).⁵⁶⁵ Los jueces en un sistema de democracia deliberativa deben concentrarse en asegurar el debate legislativo propio de los procesos democráticos y la participación de los ciudadanos en la conformación de las reglas y principios democráticos que los rigen.⁵⁶⁶

Rawls sostuvo sugestivamente que:

No existe un procedimiento infalible para determinar qué o quién está en lo correcto... Es común que la corte Suprema, el congreso o el presidente presenten puntos de vista opuestos acerca de cómo interpretar la Constitución. Y aunque la corte tiene la última palabra a la hora de decidir casos puntuales, no está inmune a poderosas influencias políticas capaces de hacerle cambiar su comprensión sobre lo que significa la principal ley del país. La corte presenta sus puntos de vista a través de la razón y los argumentos, pero el último tribunal de apelación no puede ser ni la corte ni el Congreso ni el presidente, sino el electorado como un todo.⁵⁶⁷

Sunstein elabora en esta línea su concepción de la democracia deliberativa y enfatiza que las Constituciones políticas deben contribuir a la instauración de modelos deliberativos de democracia.⁵⁶⁸ Un fundamento de su

quisiera vivir en un Estado en donde la autoridad del “Nosotros, el pueblo” se refiriera sólo a la opinión profesional de los jueces”. Post, Robert y Siegel, Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *75 Fordham Law Review*, 2006.

⁵⁶⁵ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno, cit.*

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 157 y ss.

⁵⁶⁷ Rawls, John, *Collected Papers*, en Freeman, Samuel (ed.), Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 580.

⁵⁶⁸ Los trabajos de Fishkin elaboran una manera concreta y coherente de aplicar los postulados de la democracia deliberativa al proceso real de toma de decisiones. A partir del mismo cometido, el libro de Mathews es un exitoso intento por concebir la concepción deliberativa de la democracia como respuesta a la crisis actual de la política norteamericana en torno a la exclusión de ciudadanos y sectores minoritarios. Vincula el ideal de tal concepción a una amplia tradición de activismo ciudadano orientado a la resolución de problemas comunitarios. Véase Fishkin, James, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, Yale University Press, 1991; Mathews, David, *Politics for People: Finding a Responsible Public Voice*, Chicago, University of Illinois Press, 1994.

teoría de la democracia deliberativa radica en que los padres fundadores procuraron incentivar la discusión sustantiva entre los servidores públicos y la ciudadanía, ya que el derecho es creado por el pueblo y debe ser sostenido por el pueblo.

La historia ha sido aleccionadora de que, además de mayoritarias, las políticas deben ser legítimas; es decir, deben respetar parámetros normativos. En contra de posturas pluralistas de la democracia (que no enfatizan la importancia de la deliberación y sólo procuran ampliar el número de intereses participantes en el proceso de toma de decisiones), la concepción deliberativa desde su “núcleo común” tiene un sólido presupuesto individualista que considera a las personas como *unidades fundamentales* del proceso democrático, por lo cual puede decirse que es antielitista al rechazar la idea de que una persona o grupo de ellas es más competente para decidir los asuntos públicos de manera imparcial.

CAPÍTULO SEXTO

NARRATIVA DEL IDEAL DELIBERATIVO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Las cortes deberían ser “la aristocracia del saber”, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogía y a fijar un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una isla de razón en el caos de las opiniones.

Gustavo ZAGREBELSKY*

I. INTRODUCCIÓN

Con su numerosa jurisprudencia, particularmente sensible a la desigualdad y la discriminación, la Corte Constitucional colombiana ha visibilizado muchos tipos de problemas, permitiendo que adquieran significancia política. En el contexto del diseño de estándares de constitucionalidad, la Corte también ha seguido, en general con rigor, el planteamiento neoconstitucional de alcanzar su legitimidad popular a partir del establecimiento de sólidos criterios argumentativos y de abordajes creativos e interdisciplinarios en los casos difíciles. La protección de derechos que cuentan con una amplia faceta prestacional, como los sociales, han exigido particular creatividad judicial para encontrar formas efectivas de protección, además del reconocimiento de su estatus iusfundamental, sin irrumpir en las competencias de otros organismos del Estado, y para que las decisiones además de bien fundamentadas y adecuadamente enfocadas tengan un impacto real.⁵⁶⁹

* Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

⁵⁶⁹ Tales como las sentencias que declararon estados de cosas inconstitucionales en materia carcelaria (T-153 de 1998 y T-606 de 1998) y respecto de los ciudadanos víctimas del delito de desplazamiento forzado (T-025 de 2004). También la sentencia que declaró el estatus iusfundamental de la salud (T-760 de 2008).

Hay una gran cantidad de literatura especializada y divulgativa sobre los principales asuntos que han merecido la atención de la Corte desde el inicio de su labor en 1992.⁵⁷⁰ Una de las más importantes y a partir de la cual se puede reconstruir una doctrina jurisprudencial, que sin embargo no ha merecido particular atención doctrinaria o académica, es la exigencia al respecto por los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (reformas a la Constitución). En concreto, dentro de tales procedimientos la salvaguarda a la deliberación parlamentaria reviste de particular interés, porque se trata de la etapa en la cual se someten a consideración las iniciativas que aspiran a convertirse en normas y políticas. Se debaten, controvieren y reformulan los proyectos para alcanzar mayores consensos, y, así, mayor legitimidad y efectividad. La etapa propiamente deliberativa, previa a la votación, cuenta con unos presupuestos particularmente importantes para realizar el principio democrático y para proteger el diseño de la forma de gobierno establecido por el constituyente en 1991.

En una democracia constitucional y dentro de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, la garantía efectiva de los principios constitucionales que son resguardados por la normativa procedural, tanto las reglas constitucionales como las normas reglamentarias, fundamentalmente la ley 5a. de 1992 o “Reglamento del Congreso”, cuenta tanto al nivel de la validez jurídica intrasistémica como de la legitimidad política extrasistémica. La Corte no sólo ha reivindicado los valores del ideal deliberativo en sus controles al Congreso, sino también en sus propias prácticas, tanto cuando solicita conceptos a personas especializadas o instituciones reconocidas sobre determinados temas como cuando realiza audiencias públicas para escuchar a los vinculados al proceso o para controlar la ejecución de las órdenes impartidas en autos o sentencias. El ámbito del legislador es la conveniencia, mientras que el del juez es la constitucionalidad.⁵⁷¹

En este capítulo se analizan las principales sentencias que ha proferido la Corte, en las cuales ha reivindicado los principios y valores exigidos por una concepción deliberativa de la democracia. Se sustenta que tanto

⁵⁷⁰ Respecto de la primera, pueden consultarse las obras que se publicaron con motivo de la conmemoración por los veinte años de la Constitución colombiana. Montoya, Mario (ed.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de las dos décadas de la Constitución en Colombia*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012; Jost, Stefan (ed.), *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012; Yepes, Hernando y Suelt, Vanessa (eds.), *La Constitución 20 años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2012.

⁵⁷¹ Sostuvo Manuel José Cepeda en su aclaración de voto a la sentencia C-355 de 2006.

por la incorporación de disposiciones constitucionales y legales, como particularmente por el desarrollo que en su implementación en polémicos casos concretos ha realizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Colombia se ha consagrado un modelo deliberativo de democracia. Conforme a su recepción local, este modelo ha seguido tradicionalmente algunos elementos de concepciones teórico-normativas defendidas por los principales autores que hacen parte de la pléyade deliberativa, tales como Sunstein, Nino, Bohman, Cohen, Gutmann, Thompson y Elster.

La línea jurisprudencial sobre el vicio de inconstitucionalidad en el que se incurre cuando un proyecto de ley o de acto legislativo adolece de elusión deliberativa, se ha constituido en un sólido criterio de constitucionalidad, que además está en capacidad de servir como referente de derecho comparado acerca del tipo, fundamento y forma de ejercicio del control constitucional en los países de la región, sobre todo en los que han incorporado e implementado algunos de los elementos medulares del neo-constitucionalismo. A partir de esta jurisprudencia se ha creado una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. Se reconstruyen subreglas sobre elusión deliberativa en algunas de sus posibles formulaciones, las cuales resultan de analizar la línea jurisprudencial y concretar los precedentes sentados por las razones de las decisiones de las respectivas sentencias.

II. NORMAS ADSCRITAS Y DESMONOPOLIZACIÓN DE LA CREACIÓN LEGISLATIVA DE DERECHO

La forma como un tribunal constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y como realiza la concreción de los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo “normas adscritas”⁵⁷² o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”.⁵⁷³ Conviene precisar brevemente este concepto. En todo

⁵⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 66-72 (pp. 49 y ss. en la 2a. ed. de 2007).

⁵⁷³ Sentencias: T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001 y T-137 de 2003. Las principales referencias sobre precedente judicial y fuerza vinculante de la jurisprudencia en Colombia, son: Bernal Pulido, Carlos, “El precedente constitucional” y “La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005; “El precedente en Colombia”, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009; Medina López, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006; Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001, sección VI, 6.2; Arango, Rodolfo, “El valor de la coherencia y el prece-

ordenamiento jurídico hay disposiciones y normas. Las primeras son los enunciados lingüísticos tal cual fueron adoptados por la institución con la autoridad para hacerlo y consagrados en una ley o en la Constitución, mientras que las segundas son los significados que expresan las disposiciones. Las disposiciones normativas de rango constitucional o legal contienen entonces normas jurídicas. La norma proviene del significado del enunciado mediante la interpretación.

Las normas, por su parte, pueden ser directamente estatuidas por alguna disposición (“El derecho a la vida es inviolable”, por ejemplo) o ser creadas interpretativamente a partir de una o varias disposiciones (“Existe un derecho al mínimo vital si la persona se encuentra en situación de necesidad que amenaza sus derechos fundamentales, y el legislador no ha tomado las medidas necesarias para enfrentar tales situaciones”, cuyo establecimiento se fundamenta en disposiciones como la cláusula del Estado social y democrático de derecho, el principio de la dignidad humana, y los derechos a la igualdad y libertad). Este segundo tipo de normas es la que se denomina adscrita. Una norma es adscrita porque, a pesar de no estar establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Una norma adscrita de derecho fundamental es aquella que, dada una determinada relación de fundamentación, se adscribe a normas existentes en las disposiciones constitucionales.

La *ratio decidendi* (“razón para la decisión”) de una sentencia es donde se consagran los argumentos que constituyen la base para la decisión y donde se realiza la formulación general del principio que la fundamenta. No es solo entonces la razón del caso *sub-examine*, sino un elemento en una subregla para la resolución de casos futuros conforme al principio de igualdad entre las personas y de coherencia judicial. Solo la *ratio* constituye precedente, y solo esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante general para todos los casos futuros pertinentes. La *ratio* establece por sí misma una regla que, además, cuenta con un grado de especificidad suficiente como para establecer los supuestos a los cuales se debe aplicar a nuevos casos, en tanto precedente vinculante. La *ratio* igualmente debe responder con precisión al problema jurídico que plantea el caso. Se identifica en una sentencia porque es donde se interpreta la Constitución, o la norma pertinente al caso, y sobre todo porque es donde se fundamenta el caso concreto.

dente constitucional”, en Zuluaga, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Cali, Universidad Javeriana, 2004.

Si bien la *ratio* de una sola sentencia constituye un precedente válido y obligatorio para todos los casos subsiguientes en los cuales los hechos sean analogizables,⁵⁷⁴ se debe consolidar-explicitar la línea jurisprudencial respectiva. La *ratio* sobre una cuestión jurídica se consolida en oportunidades posteriores cuando en otros casos se reafirma de manera reiterada la regla del fallo inicial.⁵⁷⁵ La línea jurisprudencial, digamos, depura y consolida la *ratio* definida en una sentencia y aplicada en otras subsiguientes.⁵⁷⁶ A medida que los precedentes sobre una materia determinada son utilizados como fundamento de nuevos casos, se establece una subregla que por su obligatoriedad de aplicación en casos analogizables constituye una fuente de derecho tal como aquella proveniente del derecho legislado. Las subreglas carecen del nivel de abstracción propio de las normas constitucionales de las cuales provienen. Su estructura les posibilita aplicarse de forma general a situaciones iguales.

Lo que un tribunal hace cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”,⁵⁷⁷ es entonces concretar normas adscritas de derecho fundamental, o subreglas, que, en síntesis, son normas de origen jurisprudencial que desencadenan efectos jurídicos como aquellos de las leyes proferidas por el Congreso. Su fundamentación se encuentra en la argumentación que se realice al incorporarlas en el campo semántico de otras normas constitucionales. Además de unificar las sentencias que se toman sobre un mismo punto de derecho, las subreglas constituyen precedentes constitucionales, contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

⁵⁷⁴ Para determinar hasta qué punto el precedente es relevante en un caso concreto, la Corte, para su propia labor, así como para orientar la labor de tribunales y jueces inferiores, precisó que se deben observar tres elementos: en la *ratio* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. Sentencia T-292 de 2006.

⁵⁷⁵ Sentencias T-1317 de 2001 y T-292 de 2006.

⁵⁷⁶ Así como una línea jurisprudencial que consolida una *ratio decidendi* adquiere efectos de precedentes, de los resultados de la ponderación que resulta entre dos principios constitucionales que colisionan en un caso concreto, quedan reglas que conforman una red cuyo rigor en la aplicación queda el que sea una red sin fisuras. Las subreglas elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales.

⁵⁷⁷ José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo. Véase su libro *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 87 y 108.

III. CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO Y MODELO DELIBERATIVO DE LA DEMOCRACIA

Dos razones sustentan que el constitucionalismo colombiano adopta un modelo deliberativo de democracia. La primera es de carácter normativo-procedimental: el reglamento del Congreso y la propia Constitución consan- gran reglas que se deben respetar durante el trámite para que un proyecto se convierta en ley o en reforma constitucional (acto legislativo), las cuales, además de regular el trámite legislativo en concreto, protegen la garantía de principios constitucionales inescindiblemente ligados con el modelo delibera- rativo. La segunda es de naturaleza jurisprudencial: numerosos precedentes sentados por la Corte Constitucional han establecido como criterios de control constitucional el respeto a los principios y valores que resguarda la normativa reglamentaria, tales como, por un lado, los principios constitucionales en general: el principio de representación, el pluralismo político, la igualdad, la democracia participativa, la dignidad humana, la protección de minorías y la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectarán; y, por otro lado, los principios del trámite parlamentario en particular: identidad, consecutividad, unidad de materia y el principio democrático. Estos prin- cipios, presupuestados de la actividad legislativa y la conformación del poder político,⁵⁷⁸ son reivindicados sobre todo por la concepción deliberativa de la democracia.

El ordenamiento jurídico colombiano consagra diversa normativa rela- tiva a los derechos y principios que, en el marco de una democracia consti- tucional, se deben garantizar durante el trámite parlamentario de leyes y actos legislativos, con el objetivo de preservar los elementos esenciales de la Constitución o, como ha dicho la Corte, los “elementos que le confieren la identidad”,⁵⁷⁹ tales como el sistema de frenos y contrapesos institucio- nales, la máxima validez normativa otorgada a los derechos fundamenta- les, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los derechos fundamentales de las minorías y la oposición, el respeto por las reglas de juego electoral, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber un equilibrio.

A partir de la normativa reglamentaria que ampara los principios consti- tucionales, la jurisprudencia ha establecido una serie de reglas concretas que se deben respetar durante dichos trámites para no incurrir en vicios in-

⁵⁷⁸ Sentencia C-252 de 2012.

⁵⁷⁹ Sentencia C-243 de 2012.

subsanables. La Constitución consagra la siguiente normativa deliberativa necesaria para la aprobación de los proyectos de ley y de acto legislativo: obligatoriedad de publicar el proyecto antes de trámite en la comisión respectiva (artículo 157),⁵⁸⁰ publicidad de las sesiones (artículo 144), integración del quórum (artículo 145), mayorías para aprobar (artículo 146), respeto del periodo mínimo entre debates (artículo 160), integración de comisiones accidentales de ambas cámaras cuando surgen discrepancias (artículo 161) y exigencia de ocho debates en dos períodos ordinarios y consecutivos para que un proyecto de acto legislativo sea norma constitucional (artículo 375). En otras palabras, la Constitución dispone: (i) un número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones; (ii) que se debe cumplir con la mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva corporación que, salvo que la Constitución exija una mayoría especial, debe ser la mayoría de los votos de los asistentes; (iii) el carácter imperativo de los debates en las comisiones y en las plenarias, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley; (iv) la necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas; (v) el periodo mínimo que debe haber entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada, y (vi) la votación de lo discutido como finalización del debate.

La ley 5a. de 1992, además de la definición legal de debate (artículo 94), establece regulaciones específicas que se deben cumplir: término del debate, el cual empieza al abrirlo el presidente y termina con la votación (artículo 94), quórum deliberatorio y decisorio requeridos (artículos 95 y de 117 a 119), las reglas generales que rigen la intervención de los congresistas, los ministros y funcionarios invitados (artículos 96 a 105), regla de las intervenciones (artículo 97), interpellaciones (artículo 98), alusiones en los debates (artículo 99), réplica o rectificación (artículo 100), duración de las

⁵⁸⁰ El artículo 157 constitucional es de particular importancia, porque desarrolla el principio democrático. Establece como requisitos para que un proyecto sea ley el que deba haberse publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva, aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, aprobado en cada Cámara en segundo debate y sancionado por el gobierno. Además del trámite parlamentario pertinente, otras exigencias constitucionales para que un proyecto se convierta en ley, son que verse sobre una misma materia (artículo 158) y que sea presentado por los facultados con iniciativa legislativa (artículo 154). En la sentencia C-760 de 2001, así como en la sentencia C-370 de 2004, entre otras, el examen constitucional usa como fundamento normativo al cargo de elusión deliberativa los requerimientos generales para la aprobación de las leyes establecidos en este artículo.

intervenciones (artículo 102), número de intervenciones (artículo 103), quórum deliberatorio y decisorio requeridos (artículos 116 a 119), imposibilidad de intervenir sobre determinados asuntos y mediante la lectura de discursos escritos (artículos 105 y 104), condiciones para el aplazamiento del debate (artículo 107), cierre del debate por suficiente ilustración (artículos 108 y 164), publicación del informe antes de iniciar el primer debate (artículos 157) y podrán deliberar los congresistas y los ministros luego de la explicación del ponente de la significación y el alcance del proyecto (artículo 176).

Los precedentes han amparado la regla de mayorías al verificar que aconteció una libre oportunidad de deliberación para todos los congresistas en igualdad de condiciones, al verificar que sea la expresión de las mayorías la que queda consagrada en la norma porque no se presentaron manipulaciones, procedimientos ocultos ni acuerdos perversos para hacer avanzar un proyecto en su trámite parlamentario. Los precedentes han amparado también la regla de minorías que garantiza el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse. La línea jurisprudencial que se ha seguido desde las primeras sentencias que profirió la Corte sobre los efectos de los vicios relacionados con la falta de deliberación ha desarrollado esta normativa vigorizando y articulando su contenido, y estableciendo criterios claros que orientan la labor del Congreso como máximo órgano representativo, el cual resulta además el órgano con la conformación y los procedimientos para erigirse como el escenario idóneo para realizar las deliberaciones en virtud de las cuales se tomen las grandes decisiones nacionales.

IV. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE OPORTUNIDAD DE DELIBERACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO

Una línea jurisprudencial puede definirse como una secuencia de casos fallados con similitud estructural en sus supuestos fácticos y en las soluciones jurídicas otorgadas. El derecho constitucional en el neoconstitucionalismo es un derecho estructurado por líneas jurisprudenciales, las cuales se forman a medida que sobre un mismo punto de derecho se toman decisiones uniformes. Ordenan las soluciones jurisprudenciales a un problema determinado y permiten reconocer un patrón de desarrollo decisional que configura entonces un criterio para fallar un nuevo caso afín a los supuestos fácticos (“analogizable”). Las líneas van especificando subreglas. La construcción de una línea jurisprudencial permite deducir la subregla correspondiente que se debe aplicar por razones internas (de respeto a los precedentes) y externas (de seguridad jurídica y garantía a la igualdad) en casos futuros analogizables.

Es una manera de ordenar los fundamentos que la jurisprudencia otorga en sustento de la solución a problemas jurídicos determinados, para constituir así una subregla que constituye fuente de derecho.

1. *Debate, deliberación y votación*

Desde la sentencia que empezó a establecer el contenido normativo del concepto “debate”, la Corte determinó unas características, tanto formales relativas al cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales de publicación del proyecto, apertura del debate, oportunidad de discusión y cierre del debate, entre otras, como sustanciales, relacionadas con la importancia de garantizar los principios amparados por las reglas procedimentales que, en últimas, se vinculan con el principio democrático, la publicidad, la participación y la protección de las minorías.

El debate se refiere a que los representantes que intervienen en el proceso de formación de la ley tengan la *oportunidad* —en todas las facetas del trámite legislativo— de participar en su discusión y aprobación. En los presidentes del Senado y de la cámara recae la obligación de posibilitar la realización efectiva el debate y cumplir con el requisito constitucional de la deliberación. En concreto, deberá garantizar que la discusión se lleve a cabo antes de la votación en cada debate, permitir las intervenciones de todos los integrantes de la comisión o cámara, introduciendo si es necesario restricciones operativas del debate cumpliendo lo anunciado y sin discriminaciones o preferencias.⁵⁸¹ El debate no sólo se entiende de forma reduccionista al vincular exclusivamente la oportunidad de deliberación en alguna sesión durante el trámite parlamentario, sino que comprende también los presupuestos necesarios para la correcta deliberación, tal como la información acerca del proyecto en curso o de la convocatoria a sesiones extra, razón por la cual, por ejemplo, si inicia el primer debate a una iniciativa sin haberse publicado el informe de ponencia, puede acarrear su posterior inconstitucionalidad.

El debate, además de ser deseable intrínsecamente, es connatural al proceso democrático, porque puede tornarlo más visible según el grado de consenso que convoque un determinado proyecto. Cuando se trata de proyectos de ley, como, sobre todo, de reforma constitucional (acto legislativo), es absolutamente necesario que otorgue la oportunidad de realizar la deliberación. La Corte introdujo una distinción, decisiva para la subregla

⁵⁸¹ Sentencia C-490 de 2011.

de elusión deliberativa, entre los conceptos debate y deliberación, desde su uso por el lenguaje común y desde la interpretación técnico-jurídica.⁵⁸² Con la exigencia de debate no sólo se cumple si se discute de cualquier forma, como una “discusión activa y controversial”. Se les debe otorgar a todos los representantes la igual oportunidad de participar en la respectiva sesión mediante el cumplimiento de los trámites establecidos en la Constitución y en el Reglamento del Congreso. Además de los principios que son amparados por las reglas del trámite parlamentario, la Corte, en desarrollo de la línea jurisprudencial, ha configurado unos temas directamente relacionados con la normativa por elusión deliberativa.

Debido a que la ley 5a. de 1992, “Reglamento del Congreso”, contiene requerimientos de orden técnico y operativo que en su trabajo ordinario los congresistas utilizan de forma más bien pragmática y estratégica, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de armonizarlos y adaptarlos a las condiciones deliberativas establecidas por las disposiciones constitucionales y las normas reglamentarias. La subregla que ha establecido el requisito formal y material de la deliberación en las decisiones legislativas procura irradiar con los postulados constitucionales y avances jurisprudenciales los mecanismos de trámite de las leyes y los actos legislativos.

La sentencia que inició la configuración de la prescripción legislativa acerca de la necesidad de debate reglamentario, en perspectiva constitucional, fue la C-013 de 1993, que examinó la constitucionalidad de una ley⁵⁸³ por presuntos vicios en el proceso de su formación. Conforme al artículo 157 constitucional, para que todo proyecto se convierta en ley debe haberse aprobado en primer debate en las respectivas comisiones de cada cámara, e igualmente debe haberse debatido y aprobado en las plenarias de cada corporación. Según sostuvieron los actores de la acción pública de inconstitucionalidad, el proyecto se había votado en “bloque” y sin darle lectura al articulado, por lo cual se había incurrido en un vicio insubsanable de inconstitucionalidad.

Para la Corte, aunque la ley se había aprobado bajo la vigencia de la Constitución de 1886,⁵⁸⁴ la interpretación correcta de “debate” se ajusta al Reglamento del Congreso en lugar que al sentido natural y obvio de dicha

⁵⁸² Sentencia C-013 de 1993.

⁵⁸³ Ley 1a. de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁸⁴ “El Reglamento del Senado, vigente para la época del trámite legislativo del proyecto de la Ley 01 de 1991, definía el debate así: “El sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver el Senado. El debate empieza a abrirllo el Presidente y termina con la votación general” (artículo 159). Sentencia C-013 de 1993.

expresión según su uso general.⁵⁸⁵ Los conceptos “debate”, que se había entendido como “controversia sobre una cosa entre dos o más personas o como contienda, lucha o combate”, y “discusión”, en tanto “acción y efecto de discutir”, no son precisos respecto de lo que se exige en el trámite parlamentario. Por lo tanto deben entenderse dentro del marco del Código Civil, que en su artículo 28 señala que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Los términos “discusión y debate” se ajustan a las definiciones legales establecidas por el Reglamento del Congreso y no a la del sentido natural y obvio de dichas expresiones según su uso general. La exigencia entonces de debate no se refiere a la realización efectiva de un debate, sino a la oportunidad de su realización. No constituye un vicio en trámite legislativo la ausencia de deliberación si todos y cada uno de los interesados en debatir tuvieron la oportunidad efectiva de hacerlo.

La Corte avanza en la reconstrucción del debate y su importancia en el procedimiento parlamentario, con la sentencia C-222 de 1997, que estudió una acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo núm. 01 de 1996, que modificó los artículos 299 y 300 constitucionales. En su examen probatorio la Corte encontró que se habían dado los respectivos debates y que se cumplieron los procedimientos, por lo cual lo declaró exequible en su integridad y sin salvamentos de voto. Sin embargo, la *ratio* de la sentencia amplía el contenido del concepto “debate” como se había entendido desde la C-013 de 1993. La estructuración de la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa en la versión que conocemos ahora comenzó por otorgar gran importancia al debate parlamentario, el cual no corresponde a la mera realización de una votación que concluye una discusión informal sobre el proyecto en general. En la sesión de debate se exige la posibilidad de deliberar sobre la materia del proyecto como paso previo a la votación, lo que se demuestra en la exigencia de dos tipos de quórum: el deliberatorio y el decisorio.⁵⁸⁶ El debate es la oportunidad de hacer efectivo el principio

⁵⁸⁵ Si bien las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio según su uso general, hay casos en los cuales el legislador ha adoptado expresamente para ciertas materias. Tal es el caso del concepto “debate”, cuya correcta interpretación desde el trámite legislativo es la que se ajusta a las definiciones legales establecidas por la ley 5a. de 1992. La Corte estableció entonces que respecto del examen constitucional de las normas provenientes del Congreso, se debe acudir a una definición estipulativa de “debate” que no se corresponde necesariamente con su definición en el diccionario. Sentencia C-013 de 1993.

⁵⁸⁶ La Corte ha reiterado la diferencia entre quórum deliberatorio y quórum decisorio. En deliberatorio es el número mínimo de miembros de la respectiva comisión o cámara que deben estar presentes en el recinto para que la unidad legislativa pueda discutir sobre

democrático porque posibilita la intervención y la expresión de minorías en el proceso de formación normativa.⁵⁸⁷

Puede que haya habido la respectiva sesión de debate, pero que no haya habido deliberación. Sobre todo puede que haya habido votación sin deliberación, por lo que la jurisprudencia diferencia entre estos dos momentos y establece que uno es prerrequisito de validez jurídica del otro. La deliberación del proyecto y su votación son dos instancias diferentes. “Tratándose de la adopción de decisiones que habrán de afectar a toda la población, en el caso de las leyes y con mayor razón en el de las reformas constitucionales... el debate exige deliberación”, dice la sentencia. La deliberación implica el intercambio de ideas y razonamientos en pro o en contra de los proyectos presentados. La votación es la conclusión de un tipo de debate desarrollado sobre la base de la discusión libre, y en igualdad de condiciones entre todos los facultados para intervenir y sobre el supuesto de la suficiente ilustración en el seno de la respectiva comisión o cámara.

A menos que todos los miembros de una comisión o cámara estén de acuerdo en todo lo relativo a determinado tema —situación bastante difícil y de remota ocurrencia tratándose de cuerpos representativos y heterogéneos, como es el Congreso— es inherente al debate, tanto la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos, como el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio.⁵⁸⁸

La votación debe resguardarse como una etapa posterior y distinta de la deliberación dentro de la sesión de debate. La primera es el acto colectivo en el que los miembros de la corporación declaran su voluntad acerca de la iniciativa discutida. La deliberación comporta la oportunidad de discutir el proyecto puesto a consideración del Congreso. Ambas instancias deben cumplirse a cabalidad para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de las leyes.⁵⁸⁹ Cualquier proposición (modificatoria, aditiva o supre-

los temas objeto de su atención. Si se verifica este quórum no implica necesariamente que se pueda adoptar una decisión determinada, pues para ello se exige el quórum decisorio que corresponde al número mínimo de miembros de la comisión o cámara que deben estar presentes durante todo el proceso de votación. Así es como las cámaras y sus comisiones no pueden abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros y sólo se pueden tomar decisiones con la asistencia de la mayoría (mitad más uno) de la respectiva corporación, artículo 145 constitucional. Sentencia C-008 de 1995.

⁵⁸⁷ Sentencias C-222 de 1997 y C-760 de 2001.

⁵⁸⁸ Sentencia C-222 de 1997.

⁵⁸⁹ Sentencia C-1147 de 2003.

siva) presentada en el curso de los debates, se debe deliberar y votar, a menos que sean retiradas definitivamente por su autor. En la sentencia C-1147 de 2003 se declaró inconstitucional un artículo de la ley 788 de 2003 que gravaba los juegos de suerte y azar. El artículo hacía parte del proyecto original presentado por el gobierno, pero se excluyó en la ponencia para primer debate y se reintrodujo luego mediante una proposición aditiva. El artículo se aprobó en las comisiones tercera y cuarta de Cámara, se negó en la comisión tercera del Senado y la comisión cuarta del Senado se abstuvo de votarla. En este punto surge la siguiente subregla: *Está ordenado declarar inconstitucional un artículo o proposición de un proyecto, si se ha diferido su deliberación para otra etapa del trámite parlamentario.*

La sentencia C-668 de 2004 declaró inexistente el artículo 16 del Acto Legislativo núm. 01 de 2003, sustentando que hubo ausencia de deliberación. Se estableció que en la plenaria de la Cámara no se realizó el último debate y se revivió un tema (la composición de las asambleas departamentales) votando el artículo sin que se hubiera realizado la debida deliberación. Se sostuvo en la sentencia que la votación no es la esencia del debate, sino la discusión y la controversia del legislador ante la conformación normativa. Al eludir la deliberación se viola de forma flagrante el deber constitucional (artículo 157) y legal (artículos 176 y 227 del reglamento del Congreso) de debatir suficientemente los proyectos y, así, de permitir la intervención de los parlamentarios, el gobierno por intermedio de los ministros y la ciudadanía.

En la aclaración de voto a esta sentencia, Rodrigo Uprimny sustentó que la declaratoria de inexistencia sólo se fundamentó en que el presidente de la cámara olvidó formalmente abrir a discusión el texto en uno de los debates, cuando la deliberación reglamentaria ciertamente se había efectuado. Si bien en esta sentencia sólo es implícita su adscripción en la línea jurisprudencial respectiva,⁵⁹⁰ la declaratoria de inconstitucionalidad con base en un criterio eminentemente formal arroja la importancia manifiesta que la Corte le otorga a la formalidad exigida por los períodos y términos de la deliberación. En este mismo salvamento, Uprimny señala que la obligación constitucional de los congresistas de trascender sus intereses y los de sus electores para considerar el interés general es una exigencia de la democracia, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 133 constitucional

⁵⁹⁰ Dentro de las sentencias más representativas respecto de esta línea jurisprudencial, se encuentran: C-013 de 1993, C-386 de 1996, C-222 de 1997, C-760 de 2001, C-915 de 2001, C-1250 de 2001, C-688 de 2002, C-801 de 2003, C-551 de 2003, C-1056 de 2003, C-839 de 2003, C-1152 de 2003, C-313 de 2004, C-370 de 2004 y C-372 de 2004.

“deberán actuar consultando la justicia y el bien común”.⁵⁹¹ Precisamente el resultado del proceso de toma de decisiones puede ser insuficientemente democrático, cuando no son sensibles a los juicios del público, o insuficientemente deliberativos, cuando reflejan presiones de grupos privados que tienen poco o nulo interés para incentivar una información adecuada y carencia de un verdadero proceso de justificación.⁵⁹²

En la misma aclaración puede observarse una particular recepción de la idea de razón pública en sentido esencialmente rawlsiano:

El Congreso es un espacio de razón pública. O al menos la Constitución postula que así debe ser por lo que las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa, y con mayor razón una decisión que se plasme en una reforma constitucional, deben acudir a ese espacio de razón pública a presentar sus razones. Deben igualmente convocar a los grupos rivales, incluso si son minoritarios, a presentar sus perspectivas. Y, en ese contexto, la deliberación pública es un incentivo para que los distintos grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas pues deben desarrollar justificaciones públicas de sus posturas.

En la sentencia C-487 de 2002 se abordó la constitucionalidad del artículo 5o. (parcial) del Código del Menor (Decreto-Ley 2737 de 1989)⁵⁹³ respecto de la presunta violación del número mínimo de debates requeridos. No implica una inconstitucionalidad automática la falta de publicación en el segundo debate durante el trámite de las dos vueltas del proyecto cuando, como en este caso, se trata de una simple modificación que se convirtió en un texto que precisa el contenido inicial. La posibilidad de analizar en una segunda vuelta el texto aprobado en la primera no está restringida al contenido del texto publicado entre los dos períodos, porque en tal caso no tendría sentido consagrar en la Constitución dos vueltas para tramitar actos legislativos ya que en tal caso la segunda no podría ser sino la repetición de la primera. Uno de los objetivos de la publicación del proyecto cuando ha superado con éxito en primer periodo ordinario consecutivo⁵⁹⁴ es ofrecer al Congreso y a la sociedad la oportunidad de conocer oficialmente el texto de

⁵⁹¹ En esta aclaración, Uprimny retoma las características de la democracia deliberativa sostenidas por Gargarella en, *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 157 y ss.

⁵⁹² Sunstein, Cass, “Health-Health Trade-offs”, en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

⁵⁹³ El Código del Menor fue derogado, y en la actualidad en Colombia rige el Código de la Infancia y la Adolescencia “Ley 1098 de 2006”.

⁵⁹⁴ Artículo 375 constitucional.

lo aprobado hasta ese momento, lo cual habrá de ser punto de referencia necesario para el segundo periodo que deberá surtir el proyecto.

En la sentencia C-614 de 2002 se declaró constitucional el Acto Legislativo 01 de 2001 sobre sistema de participaciones generales. En ejercicio de acción pública de inconstitucionalidad se señalaron aparentes cambios del texto e incumplimiento de requisitos procedimentales. En sentido similar al fallo anterior, la Corte sostuvo que la naturaleza del control por vicios de forma es permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes han estado próximos a los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear ante la Corte las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tengan como consecuencia su inconstitucionalidad. La etapa de control constitucional no comporta la posibilidad de que el opositor de un proyecto pueda librar una última batalla jurídica en la instancia de la Corte.

En sentencia C-743 de 2013 se declaró inexcusable la reforma constitucional al fuero penal militar (Acto Legislativo 2 de 2012) por vicios procedimentales insubsanables. La Comisión Primera de la Cámara sesionó de manera irregular porque en uno de los debates la deliberación se desarrolló apresuradamente, toda vez que la sesión plenaria se había convocado de forma simultánea. La simultaneidad con la que se desarrollaron las sesiones de comisión y plenaria afectaron las condiciones bajo las cuales se desarrolló la deliberación democrática. La vulneración de normas reglamentarias (duración e inicio de las sesiones y prohibición de sesiones simultáneas)⁵⁹⁵ implicaron la afectación de principios constitucionales sustanciales como participación política de las minorías, pluralismo y principio democrático, resguardados por la calidad que debe ostentar la deliberación parlamentaria. El resguardo a estos principios por parte de la Corte adquiere particular relevancia en casos de reformas a la Constitución. Sobre todo, al no haberse completado en su integridad el primer debate en segunda vuelta, el acto legislativo no tuvo en propiedad los ocho debates que exige la Constitución en su artículo 375.

Existe una consolidada jurisprudencia relativa a que la observancia a las reglas del trámite parlamentario no es un fin en sí mismo. El principio de instrumentalidad de las formas, que deriva del artículo 228 constitucional que estipula la primacía de lo sustancial sobre lo formal, consagra que las normas del trámite parlamentario están al servicio de fines sustantivos. La relevancia de estas normas radica en que están vinculadas con la protección de normas constitucionales. Por esta razón, vicios en el procedimiento legislativo no implican necesariamente la declaratoria de inconstitucionalidad

⁵⁹⁵ Artículos 83, 91 y 93, respectivamente, de la ley 5a. de 1992.

de una norma. Se debe probar adicionalmente que la violación a la norma reglamentaria afecta un principio constitucional (C-668 del 2004).

2. Principio de instrumentalidad de las formas

El principio de instrumentalidad de las formas, que deriva del artículo 228 constitucional, donde se estipula la primacía de lo sustancial sobre lo formal, consagra que las reglas procedimentales, dentro de las que se encuentran las disposiciones del procedimiento legislativo, están al servicio de fines sustantivos. Su observancia no es un fin en sí mismo. Conforme a este principio, las normas que regulan la aprobación de leyes y actos legislativos no carecen de relevancia, sino que vinculan la importancia de las formas procesales a los objetivos y valores constitucionales que protegen, en lugar que a sus propias estipulaciones. La sentencia C-668 de 2004 aclara expresamente que incluso si se violan normas reglamentarias durante el trámite de formación de una ley no se incurre necesariamente en un vicio de inconstitucionalidad. Para que una violación reglamentaria implique una declaratoria de inconstitucionalidad debe involucrar la vulneración de un requisito exigido por la Constitución para el trámite de los proyectos de ley.

En consonancia con el principio de instrumentalidad, los vicios en el procedimiento legislativo no necesariamente implican la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma cuyo proceso no fue impecable. En estos casos se observa si la irregularidad impide en efecto la realización del elemento sustancial protegido por la forma. Si acontece una irregularidad procesal por quebrantamiento de los requisitos legales que protegen el proceso de formación de la voluntad democrática en el Congreso, pero no subsiste como consecuencia la afectación del elemento sustancial, no debe proceder la declaratoria de inconstitucionalidad. La jurisprudencia ha precisado en este sentido que no toda afectación a una norma contenida en el Reglamento del Congreso, o incluso a una norma constitucional, sobre el trámite parlamentario de los proyectos, comporta un vicio insubsanable que acarreé declaratoria de inconstitucionalidad. La forma en el caso concreto debe interpretarse entonces desde un punto de vista teleológico respecto del fin sustantivo al que sirve el elemento formal, que puede ser un derecho, valor o principio (igualdad, debido proceso, publicidad, debida conformación de la voluntad democrática de las cámaras, regla de minorías, principio democrático, pluralismo, etcétera).⁵⁹⁶ El criterio de la instrumentalidad de

⁵⁹⁶ Sentencia C-872 de 2002 y Auto 029A de 2002.

las formas es entonces un estándar para diferenciar entre irregularidades irrelevantes y aquellas que constituyen verdaderos vicios procedimentales.

La irrelevancia de una formalidad procedimental radica en que su desconocimiento no vulnere ningún principio ni valor constitucional y, en especial, no afecte el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras ni desconozca el contenido básico institucional diseñado por la Constitución.⁵⁹⁷ En este proceso la Corte ha identificado una serie de valores protegidos por las normas sobre procedimiento legislativo, tales como la garantía de los derechos de las minorías políticas, el respeto a la voluntad de las mayorías en la configuración del principio democrático y la publicidad del procedimiento legislativo.

A pesar del vicio, puede haberse cumplido con el objetivo protegido por la norma procesal o igualmente se pudo haber convalidado durante el trámite parlamentario. Si por la irregularidad efectivamente cometida se declara inconstitucional la norma, terminaría siendo más traumático para el ordenamiento en un momento determinado que no hacerlo si se verifica que no se vulneró ningún principio ni valor constitucional. Las irregularidades que implican vicios insubsanables son las que vulneran algún principio o valor constitucional, afectan el proceso de formación de la voluntad democrática o desconocen las competencias y estructura institucional diseñada por la Constitución.⁵⁹⁸ Cuando la Corte encuentra vicios procedimentales subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que lo enmiende. Subsanado el vicio, procederá a decir sobre la exequibilidad del acto.⁵⁹⁹

La flexibilización del trámite de las leyes establecida en 1991 respecto de la Constitución de 1886 no significa que los vicios en el procedimiento de formación hayan perdido importancia acorde a la posibilidad de que en algunos casos acarreen la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que los haya presentado.⁶⁰⁰ Las normas que regulan la aprobación de leyes y actos legislativos no tienen la función de obstaculizar o impedir la expedición de leyes, ni mucho menos de dificultar la deliberación en condiciones de libertad e igualdad entre los facultados para hacerlo, como ordena la normativa constitucional, lo cual equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedural.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Sentencia C-737 de 2001.

⁵⁹⁸ Sentencias C-240 de 2012 y C-737 de 2001.

⁵⁹⁹ Artículo 241 constitucional.

⁶⁰⁰ Sentencias C-500 de 2001 y C-026 de 1993.

⁶⁰¹ Sentencia C-055 de 1996.

En la sentencia C-872 de 2002 la Corte declaró exequible, ante una acción pública de inconstitucionalidad, la ley 643 de 2001, que fija el régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.⁶⁰² Presuntamente se habían incumplido tres requisitos formales: error en la *Gaceta del Congreso* sobre la fecha de la sesión en la cual se aprobó el proyecto de ley, la solicitud de trámite de urgencia fue presentada por el ministro delegatario sin estar habilitado para hacerlo y la falta de correcta sanción presidencial. Se probó que no se habían violentado principios constitucionales. El error en la fecha que se publicó correspondió a un error de transcripción. Publicar una fecha incorrectamente configura un vicio insubsanable solo si compromete algún principio constitucional o tiene efectos sustantivos. Se estableció de igual forema que el segundo cargo no procedía porque el ministro retiró la solicitud de insistencia cuando no había producido aún ningún efecto. Finalmente, indicó la Corte que el presidente no debe aclarar su identidad con la escritura de su nombre, pues es una figura perfectamente identificable, lo cual implica que así firme sin que sea legible su nombre no se presenta una confusión en cuanto al cargo o la identidad del funcionario. Si bien todos los ponentes deben firmar los informes de ponencia, la falta de firma de quienes se apartaron de la posición mayoritaria constituye un vicio procedimental, pero como las diferencias entre los ponentes no pueden torpedear el proceso legislativo, el vicio no adquiere la dimensión necesaria para afectar la legitimidad de la publicación del informe de ponencia para segundo debate.⁶⁰³ La normativa constitucional sobre el trámite para la formación de las leyes y los actos legislativos tiene sentido si se observa desde los objetivos que procura alcanzar más que desde su propio rigorismo procedimental.⁶⁰⁴

3. *Principios de consecutividad, identidad y unidad de materia*

La Corte definió el principio de identidad como “flexible o relativo”,⁶⁰⁵ porque no implica que las comisiones y plenarias de cada cámara deban

⁶⁰² La Constitución establece en su artículo 242, núm. 3, un término de un año contado desde la publicación del acto para que los ciudadanos puedan presentar acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

⁶⁰³ Esta como otras irregularidades no configuran un verdadero vicio, porque no cuentan con la suficiente entidad para viciar la legitimidad del requisito de publicar el informe ponencia para segundo debate. Las discrepancias entre los ponentes no pueden llevar al punto de torpedear el proceso legislativo. Sentencia C-055 de 1995.

⁶⁰⁴ Sentencia C-737 de 2001.

⁶⁰⁵ Entre otras, en la sentencia C-714 de 2006. La sentencia C-141 de 2010 estableció el “núcleo conceptual” de este principio: en los debates se debe mantener sustancialmente el

abstenerse de introducir modificaciones a los proyectos,⁶⁰⁶ so pena de posterior declaratoria de institucionalidad. Exige en cambio que el proyecto no pierda su esencia durante los debates; es decir, que las modificaciones guarden relación estrecha con el contenido general del proyecto. El proyecto debe ser el mismo respecto de la materia que trata y de su núcleo temático. Las eventuales divergencias entre lo aprobado en una y otra cámara se deben solucionar en comisiones de conciliación. El principio de unidad temática preceptúa que los proyectos pueden adicionarse o suprimirse en partes durante el procedimiento legislativo si versan sobre la misma materia general del proyecto. Se relaciona entonces con la conexidad temática, sistemática y teleológica que debe estar presente entre todos los artículos que conforman una ley.⁶⁰⁷

El principio de identidad cambió radicalmente con la Constitución de 1991, pues antes se exigía que el texto aprobado en cada debate fuera exactamente el mismo, lo cual derivaba en que el trámite debía repetirse ante cualquier modificación.⁶⁰⁸ El texto de la norma aprobada debe guardar una relación de conexidad con lo inicialmente aprobado en el primer debate para que, en efecto, haya una clara identidad temática entre el texto definitivo del proyecto y lo aprobado en el primer debate. La jurisprudencia exige que haya una relación de conexidad material entre el proyecto y las modificaciones que se introduzcan.⁶⁰⁹ El Congreso no puede entonces aprobar proyectos en una cámara que no hayan sido presentados en la otra.⁶¹⁰ De lo anterior no se deriva una prohibición a la introducción de modificaciones a los proyectos,⁶¹¹ sino que éstas deben ser sobre temas tratados y aprobados en primer debate, e igualmente que deben guardar relación con el contenido del proyecto; es decir, respetar el principio de unidad de materia.⁶¹² Si se irrespeta entonces el principio de identidad de la modificación (adición o

mismo proyecto, es decir, las modificaciones que en ejercicio de los principios de pluralismo y decisión mayoritaria se le realicen al proyecto no pueden ser de tal envergadura que terminen por convertirlo en otro completamente distinto.

⁶⁰⁶ Lo cual además iría en contra de la posibilidad expresa de hacerlo, consagrada en el artículo 160 constitucional.

⁶⁰⁷ Sentencia C-384 de 2003.

⁶⁰⁸ Sentencia C-940 de 2003. Respecto de la ley del plan nacional de desarrollo se exige adicionalmente que entre la modificación y el proyecto haya una identidad respecto de los instrumentos presupuestales adecuados para garantizar los programas contenidos en el proyecto inicial. Sentencia C-305 de 2004.

⁶⁰⁹ Sentencia C-178 de 2007.

⁶¹⁰ Sentencias C-543 de 1998 y C-1405 de 2000.

⁶¹¹ Sentencia C-238 de 2006.

⁶¹² Sentencia C-754 de 2004.

supresión) respecto del tema del proyecto, implica que se irrespeta correlativamente el principio de consecutividad, porque la disposición adicionada o corregida no surtirá los debates reglamentarios, y por esta razón acontece su inconstitucionalidad.⁶¹³

Para determinar si las modificaciones guardan relación con el tema del proyecto se debe establecer, conforme a la jurisprudencia, si la relación de conexidad es remota o meramente tangencial, o si es por el contrario, “clara y específica”,⁶¹⁴ “estrecha”,⁶¹⁵ “evidente”⁶¹⁶ y “necesaria”.⁶¹⁷ La Constitución, por su parte, exige que la modificación sea sobre aquellos aspectos que se juzguen “necesarios”.⁶¹⁸ Al ceñirse al deber de guardar identidad con lo debatido y aprobado en las comisiones, las modificaciones por tanto no podrán incluir temas nuevos.⁶¹⁹ Se pueden introducir modificaciones al proyecto, incluso en cuarto debate, pero si guardan una fuerte relación de conexidad temática con la materia que venía siendo discutida en los debates anteriores.⁶²⁰ Prácticas usuales del Congreso que no constituyen entonces elusión deliberativa, son: votar en bloque el articulado de un proyecto⁶²¹ y aprobar ordinariamente un artículo que guarda relación de conexidad con la materia del proyecto que ha surgido dentro del procedimiento legislativo.⁶²²

La Corte ha señalado unos criterios materiales para establecer la relación temática entre proyecto y modificación, y, así, para determinar cuándo la modificación implica un “asunto nuevo”.⁶²³ En virtud al principio de identidad relativa o flexible el Congreso puede realizar cambios en los proyectos, pero sin que impliquen cambios sustantivos en el contenido de la

⁶¹³ Sentencias C-1113 de 2003 y C-1147 de 2003.

⁶¹⁴ Sentencia C-307 de 2004.

⁶¹⁵ Sentencia C-1147 de 2003.

⁶¹⁶ Sentencia C-753 de 2004.

⁶¹⁷ Sentencias C-178 de 2007 y C-614 de 2006.

⁶¹⁸ Artículo 160, 2o. inc. constitucional.

⁶¹⁹ Entre otras, lo han definido las sentencias C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-669 de 2004 y C-809 de 2007.

⁶²⁰ Sentencias C-922 de 2000, C-1488 de 2000, C-198 de 2001, C-950 de 2001, C-992 de 2001, C-1191 de 2001, C-179 de 2002, C-816 de 2004, C-208 de 2005, C-1040 de 2005, C-1041 de 2005, C-453 de 2006, C-292 de 2007, C-307 de 2008, C-376 de 2008 y C-942 de 2008.

⁶²¹ Sentencia C-155 de 1998.

⁶²² Sentencia C-702 de 1999. Esta sentencia declaró inexistente la norma sobre facultades extraordinarias porque fue introducida en el último debate. En la sentencia C-438 de 2000 se define el “pupitrazo” como la aprobación de un proyecto a última hora y sin el análisis detenido y ponderado. En la sentencia C-760 de 2001 se declaran inexistentes las disposiciones aprobadas sin cumplir un mínimo de publicidad.

⁶²³ Sentencia C-332 de 2005.

ley sancionada respecto del proyecto original. Introducir un artículo nuevo no implica necesariamente que se introduzca un asunto nuevo; lo que no se permite es que se introduzcan temas autónomos, nuevos y separables que no estén relacionados con la propuesta original.⁶²⁴ Tratándose de leyes, los criterios para determinar cuándo un cambio durante el trámite implica una transformación de la propuesta en otra totalmente diferente, son los siguientes: la nueva adición debe desarrollar o precisar aspectos de la materia central del proyecto que hayan sido debatidos previamente;⁶²⁵ los efectos generados por el cambio introducido no pueden ser totalmente diferentes u opuestos a los que surgen del texto original; el sentido de la norma propuesta después de la modificación sustancial no puede ser totalmente distinto u opuesto a la original; y los cambios introducidos no deben transformar la propuesta en otra totalmente diferente de modo tal que no sea posible identificarla materialmente con la original. No se considera asunto nuevo un artículo propuesto por la comisión de conciliación para superar una discrepancia entre las cámaras en torno a un tema.⁶²⁶ Precisa la Corte que la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico.⁶²⁷ Tratándose de reformas constitucionales el asunto nuevo es más flexible debido a la posible relación estrecha entre distintos temas constitucionales dadas las características de la Constitución de 1991. Por ejemplo, se ha admitido que la adición de un artículo sobre la participación del Ministerio Público en el nuevo sistema acusatorio guarda relación suficiente con una cuestión debatida como las garantías del investigado o acusado en el proceso penal.⁶²⁸

Luego de que la Corte en las sentencias C-801 de 2003 y C-839 de 2003 declarara inconstitucionales artículos porque se habían incorporado a sus respectivos proyectos ya iniciado el trámite parlamentario, luego de verificar que no tenían una conexión suficientemente fuerte y esencial con el tema del proyecto, elevó el grado de rigidez del estándar sobre unidad de materia y consecutividad en las sentencias C-1056 de 2003, C-1147 de 2003, C-312 de 2004, C-370 de 2004 y C-372 de 2004.⁶²⁹ La última versión de la doctrina constitucional sobre este punto se recoge en la sentencia C-490 de

⁶²⁴ Sentencia C-453 de 2006.

⁶²⁵ Sentencias C-801 de 2003 y C-1092 de 2003.

⁶²⁶ Sentencia C-198 de 2002.

⁶²⁷ Sentencia C-920 de 2001.

⁶²⁸ Sentencias C-332 de 2005 y C-996 de 2004.

⁶²⁹ Criticado por dos de los principales magistrados de entonces en salvamentos de voto a las sentencias C-1147 de 2003 y C-370 de 2004 (s.v. Eduardo Montealegre), así como a la sentencia C-1056 de 2003 (s.v. Manuel José Cepeda).

2011, donde se sustenta que la evaluación sobre la unidad temática de un artículo con el proyecto general se logra a partir de la verificación acerca de si el asunto objeto de debate “guarda relación causal, temática, sistemática o teleológica con los núcleos temáticos de la iniciativa, sin que la evaluación del cumplimiento de este requisito resulte particularmente intensa, pues ello terminaría por desconocer la cláusula general de competencia legislativa y, de manera más general, el principio democrático representativo”.

El principio de consecutividad es ponderado en el caso concreto con el principio de instrumentalidad de las formas.⁶³⁰ La misma Constitución y la ley plantean excepciones.⁶³¹ El desarrollo o la precisión de aspectos de la materia central del proyecto no significan asunto nuevo si lo que se agrega está comprendido dentro de lo previamente debatido.⁶³² La novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico.⁶³³ Si la comisión de conciliación propone un artículo que supera una discrepancia entre las cámaras en torno a un tema, no se entiende introducido un asunto nuevo si guarda relación con lo debatido en las cámaras.⁶³⁴ El respeto a los principios de identidad y unidad temática constituyen el criterio para determinar si las modificaciones introducidas a los proyectos son constitucionales. El análisis del respeto a estos principios en el trámite legislativo por parte de la Corte comporta el hecho de que la introducción de un cambio, aunque considerable, haya estado precedida de un examen del proyecto en conjunto.⁶³⁵ Respecto de actos legislativos, existe un requisito de que las iniciativas se presenten en el primer periodo.⁶³⁶

⁶³⁰ Sentencia C-801 de 2003.

⁶³¹ Sentencia C-198 de 2002.

⁶³² Sentencia C-1092 de 2003.

⁶³³ Sentencia C-920 de 2001.

⁶³⁴ Sentencia C-198 de 2002. Una de las críticas a la fallida reforma constitucional que el gobierno Santos presentó al Congreso para modificar los artículos relacionados con la administración de justicia, fue que en la sesión de conciliación que sólo debía unificar los textos aprobados por cada una de las cámaras, se agregaron asuntos que no habían sido objeto de debate previo y que consagraban beneficios para los congresistas. La reforma fue aprobada el 20 junio de 2012, pero debido al fuerte movimiento de oposición, el presidente Santos objetó la reforma por la versión final que se aprobó, por lo que convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para revocarla.

⁶³⁵ Planteamiento reiterado en sentencias como: C-940 de 2003, C-333 de 2010 y C-321 de 2009.

⁶³⁶ Para que se ampare la identidad en los proyectos reformatorios de la Constitución, además de los requisitos para los proyectos de ley, es posible realizar modificaciones en el segundo periodo de sesiones (C-753 de 2004), si: (i) se relaciona y conserva la naturaleza de la reforma en general (C-543 de 1998, C-614 de 2002 y C-888 de 2004), y (ii) el tema de la modificación hizo parte de las deliberaciones desde la presentación del proyecto (C-372 de

Tratándose de un órgano plural y deliberativo, es natural que durante el trámite parlamentario de leyes o reformas constitucionales las diferentes perspectivas de todos los actores y representantes contribuyan de forma efectiva a que el proyecto no adolezca de parcialidad o intereses privados. La autonomía deliberativa del legislador se resguarda con los principios de identidad flexible o relativa y de unidad de materia. La Constitución flexibilizó el trámite legislativo acatando principios deliberativos fundamentales, conforme a los cuales la exposición pública y abierta de las iniciativas legislativas, así como las razones para respaldarlas, constituye la oportunidad idónea para que se adopten mejores normas y políticas, toda vez que la deliberación hace que se incremente la confianza pública en las medidas que se toman, lo cual a su vez deriva en su legitimidad. Los principios defendidos por la configuración del neoconstitucionalismo en Colombia se garantizan al proteger un escenario deliberativo para el proceso de toma de decisiones regido por determinadas condiciones.

Para propiciar la intervención de todas las fuerzas políticas, permitir la participación de las minorías en igualdad de condiciones, garantizar la deliberación pública y transparente sobre temas publicitados desde el inicio del trámite del proyecto, la Corte ha exigido el respeto a los principios de consecutividad y de unidad de materia,⁶³⁷ los cuales se han constituido en criterios de análisis constitucional. Estos principios son los principales orientadores del trámite legislativo⁶³⁸ y a su vez concretan el principio democrático en el trámite legislativo, porque, en tanto instrumento de racionalización de dicho trámite, garantizan que las leyes sean el “resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento”.⁶³⁹ Para resguardar el principio de consecutividad, los proyectos de ley y acto legislativo deben surtir el número de debates establecido y de manera sucesiva, tanto en comisiones como en plenarias.

El respeto al principio de unidad de materia exige que el objeto de lo decidido durante el trámite legislativo corresponda al mismo tema, “así el sentido de las decisiones sea diferente e, inclusive, contrario”.⁶⁴⁰ Contribuye

2004, C-888 de 2004 y C-292 de 2007). La posibilidad previa de deliberar en torno al tema de la modificación es la que determina su constitucionalidad (C-668 de 2004).

⁶³⁷ Este principio pretende alcanzar objetivos de seguridad jurídica sustancial, propiciando normas legales que observen una coherencia material interna. Sentencia C-940 de 2003.

⁶³⁸ Sentencia C-198 de 2002.

⁶³⁹ Sentencia C-501 de 2001. Es necesario resguardar el principio democrático de la representación y la deliberación dentro de los trámites de producción normativa. Sentencia C-041 de 2005.

⁶⁴⁰ Sentencia C-273 de 2011

de forma importante a la legitimidad del trabajo en el Congreso porque, en tanto control constitucional, impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo y evita que se aprueben normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con las que fueron efectivamente debatidas.⁶⁴¹ Conforme a este principio, todo proyecto debe referirse a una misma materia.⁶⁴² El tema de una ley debe coincidir con todos y cada uno de los asuntos que trata,⁶⁴³ de forma tal que en un momento determinado entre un proyecto y un artículo que se modifica se debe guardar una relación lógica-causal en cuanto a la conexidad temática, instrumental, material y teleológica.⁶⁴⁴

El principio de unidad de materia implica la exigencia de coherencia entre la ley y sus proposiciones. Se identifica con la propia voluntad legislativa, por lo que confronta la sustancia de la norma y no su trámite de elaboración. Vulnerarlo no constituye un vicio procedimental.⁶⁴⁵ El vicio no es formal entonces, sino que deriva de que el Congreso carece de la competencia para verter esos contenidos normativos en esa ley específica. Una ley puede ser formalmente inatacable debido a que surtió un trámite donde se aprobaron todas las disposiciones establecidas en la Constitución y en la ley, pero algunos artículos pueden declararse inexequibles si su contenido normativo no tiene una conexidad razonable con la temática general de la ley.⁶⁴⁶

El principio de unidad de materia exige que: (i) cada proyecto tenga un núcleo temático bien definido, (ii) entre ese núcleo y los otros contenidos del proyecto exista una clara relación de conexidad, y (iii) dicha relación se pueda establecer con base en un criterio objetivo y razonable. En caso de leyes multitemáticas, sus contenidos deben no obstante guardar una relación de coherencia normativa, objetiva y razonable.⁶⁴⁷ La deliberación durante el procedimiento legislativo es relevante para tomar una decisión final cuando, no obstante que fuera posible objetivamente establecer algún tipo de conexidad entre los contenidos de un proyecto de ley, uno de tales contenidos no hubiera sido explícitamente presentado en el curso del de-

⁶⁴¹ Sentencia C-501 de 2001.

⁶⁴² Sentencia C-214 de 2007.

⁶⁴³ Sentencias C-026 de 1993, C-489 de 1998, C-035 de 2003 y C-377 de 2008.

⁶⁴⁴ Sentencias C-022 de 1994, C-070 de 1994, C- 407 de 1994, C-1057 de 2005, C-664 de 1998, C-788 de 2001, C-570 de 2003 y C-153 de 2004.

⁶⁴⁵ Por esta razón no está sometido a término de caducidad (artículo 242, inciso 3o., constitucional).

⁶⁴⁶ Sentencia C-531 de 1995. Consultense también al respecto: C-055 de 1996, C-256 de 1998, C-025 de 1993, C-133 de 1993 y C-568 de 1997.

⁶⁴⁷ Sentencia C-104 de 2004.

bate legislativo. En estos casos prima la consideración sobre la unidad de materia, para evitar que al amparo de una conexidad meramente temática se introduzcan de manera subrepticia, materias que quedarían sustraídas del debate democrático.⁶⁴⁸

En la sentencia C-487 de 2002 se abordó la constitucionalidad de un párrafo del artículo 3o. del acto legislativo núm. 1 de 2001, sobre el Sistema General de Participaciones de Departamentos y Municipios. El artículo 375 constitucional establece el requisito de los ocho debates cuando se trata de acto legislativo, pero el hecho de que se incluya un aparte en el articulado ya adelantados los debates no implica una violación de este artículo si no se prueba a su vez falta de unidad de materia de lo que se adicione respecto del proyecto general. En este sentido, el cargo adicional por no publicar un texto agregado ulteriormente tampoco prospera si el proyecto general se publicó debidamente. La Corte reiteró el criterio establecido en la sentencia C-222 de 1997, conforme a la cual solo los textos “publicados oficialmente en el intermedio de los dos períodos ordinarios en que se debate la reforma pueden ser de nuevo debatidos y votados en los cuatro debates de la segunda vuelta”. De la exigencia constitucional no se deriva una restricción a la posibilidad de modificar el texto aprobado en primera vuelta, toda vez que tal modificación sea consustancial a lo ya deliberado y aprobado. En este caso, las expresiones adicionadas al párrafo no tienen un contenido temático específico que las diferencia del resto del inciso, por lo que su adición no constituyó un cambio esencial en el articulado. No se introdujo una modificación sustancial a lo previamente deliberado y votado.

El principio de unidad de materia permite establecer, si durante el trámite del proyecto se observó el principio de identidad.⁶⁴⁹ La articulación de ambos principios procura regular la tensión entre el respeto al principio democrático y el margen de configuración del legislador, con la protección a los derechos constitucionales y a los principios fundamentales. El examen de constitucionalidad por presunta violación al principio de unidad de materia debe ponderarlo con el principio democrático y la libre configuración del legislador.⁶⁵⁰ Si la exigencia de identidad en los proyectos de ley⁶⁵¹ es un criterio de control constitucional, la Corte ha reconocido que no debe establecerlo como criterio estricto. Si el principio de unidad de materia se usara con rigidez por parte de la Corte terminaría anulando el principio demo-

⁶⁴⁸ Sentencia C-803 de 2003.

⁶⁴⁹ Sentencias C-940 de 2003 y C-308 de 2007.

⁶⁵⁰ Sentencia C-277 de 2011.

⁶⁵¹ Artículos 158 y 169 constitucionales.

crítico.⁶⁵² Un principio de identidad rígido iría flagrantemente en contra de los ideales deliberativos.

La naturaleza del principio de consecutividad es resguardar el debate democrático de la inclusión extemporánea (no de artículos sino) de temas nuevos, es decir, de temas que no fueron objeto de suficiente deliberación durante el trámite parlamentario. El principio de consecutividad se viola cuando después del primer debate o cuando el proyecto pasa de una cámara a otra, se introduce un artículo nuevo que no respeta el principio de identidad con la materia original. Los principios de consecutividad e identidad están directamente relacionados con el ideal deliberativo, porque su garantía permite que cada proyecto tenga un suficiente grado de deliberación democrática para que las normas jurídicas resultantes del proceso legislativo sean legítima expresión de la voluntad de los congresistas.⁶⁵³

La ley 508 de 1999 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para 1999-2002, fue declarada inexistente en su totalidad⁶⁵⁴ por la sentencia C-557 de 2000 porque, a pesar de que se cumplieron los requisitos reglamentarios para la expedición de leyes ordinarias, así como aquellos señalados para la expedición de la ley del Plan, diferían sustancialmente los textos que se aprobaron en las sesiones que de manera simultánea se realizaron en cada una de las cámaras. Debido a que transcurría el último día en el que conforme al término constitucional establecido podían aprobar el proyecto en el Congreso, ya que vencido surgía la facultad constitucional al gobierno para expedirlo mediante decreto con fuerza de ley, se conformó una comisión de conciliación que redactó un acta que no contenía un nuevo texto explícito del proyecto ni de los artículos sobre los cuales se presentaban divergencias, sino que establecía una forma para determinar el contenido definitivo del proyecto respecto de los artículos aprobados de manera diferente en cada plenaria.

Ante el inminente vencimiento del término y la imposibilidad de conciliar el texto, la comisión le defirió la potestad al gobierno para decidir acerca del articulado que no había sido conciliado. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley, porque el Congreso no pudo cumplir con su deber de deliberación, conciliación, acuerdo y creación de la ley. Si bien se cumplieron los requisitos reglamentarios, y en particular se cumplió con los

⁶⁵² Sentencias C-025 de 1993 y C-737 de 2001.

⁶⁵³ Sentencia C-1011 de 2008.

⁶⁵⁴ Además de la ley del plan, la acción pública solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 2o. del artículo 183 de la Ley 5a. de 1992 (parcial), pero se rechazaron esos cargos, toda vez que había cosa juzgada constitucional, porque ya había sido declarado inexistente en sentencia C-025 de 1993.

debates, la accidentada comisión demostró que no fueron suficientes para conformar una norma que se hubiera debido acordar y conciliar. El Congreso, y en particular la comisión que nombraron las presidencias de ambas corporaciones, debió haber podido precisar el texto con el cual se superaban las diferencias entre el articulado que salió de los debates en el Senado y en la cámara. No es admisible la delegación de esta función, exclusiva e intransferible, del Congreso, al gobierno.

Sostuvo la sentencia que las normas que rigen el trámite de las leyes procuran precisamente que los congresistas “conozcan a cabalidad el tenor literal de las disposiciones que se someten a su consideración y aprobación, y que aquello que es finalmente adoptado como ley sea expreso en su texto y de público conocimiento”. Enfatiza la Corte que el sentido de toda la normativa procedural para la formación de la ley⁶⁵⁵ es precisamente que se aprueben textos conocidos, explícitos e idénticos. La aprobación de textos implícitos resulta completamente ajena a la voluntad del constituyente.

Debido a que la transparencia y el respeto al principio del pluralismo político son importantes normas consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano⁶⁵⁶ e integran igualmente la concepción deliberativa de la democracia, se debe observar en este análisis un aspecto de la sentencia que declaró inconstitucional la ley convocatoria a un referendo para modificar la Constitución y permitir la segunda reelección presidencial. Además del argumento por sustitución de la Constitución, la Corte se pronunció sobre ocho vicios formales que se presentaron durante el trámite de la ley. Uno de los vicios fue la vulneración de los principios de identidad y consecutividad, porque el Congreso alteró de manera sustancial la iniciativa constitucional al modificar el texto de la pregunta sobre cuyo apoyo se habían manifestado los firmantes.

En la sentencia C-141 de 2010 se declaró inexistente la ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional para permitir la segunda reelección presidencial, porque en el tercer debate del proyecto en la comisión primera del Senado, cuando los senadores se percataron de que si la pregunta se aprobaba tal como quedó formulada no sería posible candidatar al presidente en ejercicio (Uribe Vélez) para las elecciones siguientes,

⁶⁵⁵ Es decir, publicar el proyecto de ley y el proyecto aprobado en primer debate en la *Gaceta del Congreso*, la mediación de un periodo entre el primer y el segundo debate durante el cual los congresistas conozcan el texto y puedan reflexionar sobre su contenido, las sesiones de debates que se deben desarrollar respecto del proyecto, la publicación del texto aprobado y la creación de una comisión de conciliación que medie en las divergencias entre los textos aprobados en una y otra Cámara. Sentencia C-557 de 2000.

⁶⁵⁶ Constitución colombiana (artículos 1, 155 y 374) y en la Ley estatutaria de Mecanismos de Participación (134 de 1994, artículos 24, 27, 97 y 98).

de 2010, se cambió la pregunta del referendo respecto de la cual se había hecho la respectiva recolección de firmas.⁶⁵⁷ El Senado vició la iniciativa popular al cambiar la pregunta sustituyendo un verbo rector que otorgaba la posibilidad de reelección al presidente que hubiera sido “elegido”, en vez de quien hubiera “ejercido” la presidencia, durante dos mandatos consecutivos. La interpretación de la pregunta en su primera redacción excluía al entonces presidente, Álvaro Uribe Vélez, de la posibilidad de presentarse como candidato a las elecciones inmediatamente después de que finalizara su segundo periodo.

Además, el incumplimiento de los procedimientos y la manipulación en los debates previos a la votación afectan principios constitucionales básicos y necesarios en el debate parlamentario, como son la identidad y la consecutividad.⁶⁵⁸ Estos dos principios orientan el proceso de formación de las leyes y de actos legislativos, y también permiten que el proyecto, los debates, la aprobación y votación se ciñan a unas materias predefinidas, las cuales configuran las deliberaciones. La articulación entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un debate democrático.

Al presentarse solo dos de los cuatro debates necesarios exigidos por la ley, se incumplió con los requisitos mínimos del procedimiento legislativo.⁶⁵⁹ Retomando el planteamiento de la sentencia C-760 de 2001, sostuvo que “Sólo es posible subsanar vicios de trámite sobre la base de un trámite que efectivamente se ha llevado a cabo”,⁶⁶⁰ por lo cual en un momento determinado no es constitucionalmente válido presentar como subsanación de un vicio en el procedimiento legislativo, para que no acarree una declaratoria de in-

⁶⁵⁷ El texto de la pregunta sobre la cual firmaron en respaldo más de cuatro millones de ciudadanos, era: “Quien haya *ejercido* la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido para otro período”. Así fue aprobada por la Cámara, pero culminó su trámite en el Senado, así: “Quien haya *sido elegido* para la Presidencia...”. (Énfasis añadidos).

⁶⁵⁸ Igual argumento había sostenido la Corte en la sentencia C-737 de 2001, donde recañó la importancia de concertar “el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta, a fin de que los debates y la aprobación de las leyes se atengán a unas materias predefinidas”.

⁶⁵⁹ Artículo. 149 constitucional “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama Legislativa del Poder Público, se efectúa fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes”.

⁶⁶⁰ Criterio retomado en varias sentencias y autos: sentencias C-370 de 2004 y C-473 de 2004; autos: 031 de 2012, 032 de 2012 y 086 de 2012.

constitucionalidad, lo que en realidad equivaldría a llevar a cabo etapas que no se surtieron del proceso de formación de la ley o del acto legislativo.⁶⁶¹

En 2009 se aprobó la ley 1327, convocante a un referendo para modificar la Constitución con el fin de permitir la imposición de penas hasta de prisión perpetua cuando los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro, se cometieran contra menores de catorce años y menores de edad con discapacidad física y/o mental. En examen constitucional posterior se encontró que durante el trámite parlamentario de la ley se cometieron dos vicios formales insubsanables que constituyen violaciones a requisitos sustanciales del procedimiento de su formación. Uno de ellos consistió en cambios sustanciales que se le hicieron al contenido de la propuesta original durante el proceso del trámite en el Congreso que viola los principios de identidad y de consecutividad de las propuestas de referendo, por cuanto se modificaron expresiones y se incluyó un nuevo párrafo, con efecto y sentido diversos a los establecidos en la propuesta de iniciativa ciudadana.⁶⁶²

Respecto de proyectos de iniciativa ciudadana como en este caso que se examinaba una propuesta de referendo, el Congreso puede realizarle modificaciones, pero que no comprometan su esencia. En la primera, de forma sustancial donde se analizó la constitucionalidad de un referendo por iniciativa ciudadana, se estableció el criterio según el cual durante los cuatro debates debe mantenerse sustancialmente el mismo proyecto; es decir, las modificaciones que se hagan en ejercicio de los principios de pluralismo y decisión mayoritaria no sean de tal envergadura que terminen por convertirlo en otro completamente distinto⁶⁶³. Esto afectaría la iniciativa ciudadana plasmada en el respaldo a una determinada pregunta a ser sometida a referendo, y así al principio democrático, pero sobre todo la obligatoriedad de que la iniciativa surta los debates reglamentarios, para lo cual no puede tener cambios esenciales luego del primero, porque materialmente el debate se estaría realizando no sobre el proyecto originalmente presentado, sino sobre aquel modificado en el transcurso del trámite. En sentencia C-397 de 2010 se declaró en consecuencia inexistente la ley 1327 de 2009.

⁶⁶¹ Sentencia C-1248 de 2001.

⁶⁶² El otro ocurrió porque el certificado del Registrador Nacional sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la solicitud de referendo se presentó extemporáneamente al final del proceso de aprobación de la ley, y no al inicio, como corresponde. La falta de este certificado impide la iniciación del procedimiento y vicia por tanto su constitucionalidad.

⁶⁶³ Sentencia C-141 de 2010.

La falta de deliberación en el Congreso, así sea en el caso del examen constitucional a una ley convocatoria a un referendo precedida de millones de firmas, afecta la esencia del procedimiento democrático al punto que no es posible su subsanación. El requisito de los cuatro debates reglamentarios⁶⁶⁴ se vulnera si se verifica que en un caso concreto no se discutieron los artículos que se modificaron o suprimieron por la comisión accidental creada dentro del segundo debate. La única posibilidad de que no se cumpla la regla de los cuatro debates sin que acontezca una elusión deliberativa es que se realicen sesiones conjuntas de las comisiones de cada cámara como lo permiten la Constitución y la ley 5a. de 1992.⁶⁶⁵ Los debates, cuatro para las leyes y ocho para los actos legislativos,⁶⁶⁶ se deben realizar plenamente para que se agote la materia objeto de examen, y así lo decidido pueda reputarse válido formalmente y legítimo de forma sustantiva. Si en un trámite determinado falta uno de los debates o se realiza sin los requisitos, queda viciado de inconstitucionalidad.

Tema	Falta de unidad de materia en proyecto de ley
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Indefinido (no caducidad)
Característica	Insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Racionalidad deliberativa
Sentencias representativas	C-803 de 2003
Casos	Leyes 812 y 819 de 2003 (Ley de Presupuesto y Plan Nacional de Desarrollo)

⁶⁶⁴ Establecido en el artículo 157 constitucional.

⁶⁶⁵ Conforme a la ley 5a. de 1992, artículo 169, las comisiones permanentes de una y otra Cámara pueden sesionar conjuntamente por disposición constitucional (las comisiones de asuntos económicos deliberarán conjuntamente para realizar el primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones) o por solicitud gubernamental (el presidente de la República envía un mensaje para trámite de urgencia sobre cualquier proyecto de ley).

⁶⁶⁶ Artículo 375 constitucional.

Subreglas	<p><i>Corresponde a la Corte Constitucional declarar inexistente una ley que se refiera a materias distintas y que no tenga por tanto un núcleo temático bien definido y que no guarde conexidad entre ese núcleo y los otros contenidos de la ley.</i></p> <p><i>Corresponde a la Corte Constitucional declarar inexistente una ley multitemática que se refiera a materias contradictorias y respecto de la cual sus contenidos no guarden una relación de coherencia normativa, objetiva y razonable.</i></p>
-----------	--

Tema	Modificar proyectos de ley
Tipo de vicio	Formal
Término de la demanda	Un año
Característica	Subsanable - insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Identidad y consecutividad
Sentencias representativas	C-397 de 2010 y C-141 de 2010
Casos	Leyes convocatorias a referendos sobre cadena perpetua para agresores de menores (ley 1327 de 2009) y sobre reelección presidencial inmediata (ley 1354 de 2009)
Subregla	<i>Esta ordenado declarar inconstitucional una ley o una reforma constitucional si luego de iniciado su trámite parlamentario se realizaron modificaciones sobre el proyecto que no guardaban una relación evidente, necesaria y específica con el tema general del mismo.</i>

4. *Publicidad de proyectos y de convocatorias a sesiones extraordinarias*

Un elemento esencial de la posibilidad de una debida deliberación durante las sesiones de debate, sobre todo las primeras, que a su vez está ligado con la deliberación parlamentaria como requisito esencial para la validez y legitimidad de las decisiones, es la publicación oportuna de la ponencia de los proyectos. Esta publicación condiciona el desarrollo del debate por parte de los congresistas en la medida en que la distribución de una copia

del correspondiente documento, es esencial para que los miembros de una respectiva célula legislativa lo puedan conocer.⁶⁶⁷

Las funciones del Congreso, principalmente proferir leyes y actos legislativos, nombrar algunos funcionarios públicos y ejercer el control político, sólo pueden cumplirse respetando los principios constitucionales. Cuando las iniciativas se vierten en la política, se debe honrar la publicidad en todos los momentos del procedimiento legislativo. Es una condición de legitimidad de la discusión parlamentaria, y de igual forma contribuye tanto al *accountability* parlamentario para que se pueda exigir el cumplimiento del debate y el respeto a los principios constitucionales que procuran resguardar de las posiciones egoístas, parcializadas y autointeresadas, como al mantenimiento de canales comunicativos abiertos para la preservación de una sociedad en la cual las posiciones políticas mayoritarias y minoritarias circulen con libertad e igualdad de condiciones en la arena política.

Una de las primeras reformas constitucionales sobre las que se refirió la Corte desde la perspectiva deliberativa, en particular desde el requisito de la publicidad, fue la C-543 de 1998, que declaró inconstitucional un aparte del Acto Legislativo núm. 1 de 1997 sobre la extradición de nacionales por delitos cometidos en el extranjero. Un aparte (“La ley reglamentará la materia”) no había cumplido con los ocho debates sino con cuatro, razón por la cual fue declarado inexistente. Citando la sentencia C-222 de 1997, estableció que el término “debate” no equivale a “votación”, sino a discusión, y sobre el supuesto de la suficiente ilustración. La votación no es cosa distinta de la conclusión del debate. Debido a no haberse cumplido con los principios de identidad y consecutividad del proyecto, se afectó además la posibilidad de su publicidad.

En la sentencia C-951 de 2001 declaró inexistente la ley 620 de 2000 que aprobaba la suscripción de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a que acontecieron dos irregularidades en el trámite en el Senado: la ponencia para primer debate se publicó después de su aprobación en la Comisión segunda, y en el expediente no aparece ninguna constancia de que la ponencia para primer debate en la Cámara haya sido publicada en la *Gaceta del Congreso*.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Sobre la finalidad de la publicación de ponencia, la Corte ha tratado diversos casos, como por ejemplo en las sentencias C-951 de 2001 y C-1250 de 2001: en la primera se dijo que el desconocimiento de la exigencia de publicar previamente en la *Gaceta del Congreso* las ponencias para primer debate no representa una irregularidad menor, sino que configura un vicio de procedimiento, y en la segunda se debió intervenir en un enfrentamiento entre el Ejecutivo y el Legislativo por la conveniencia y por la constitucionalidad de un proyecto de ley.

⁶⁶⁸ La ley 5 de 1992 (artículo 156) consagra una alternativa para agilizar el trámite de un proyecto, que consiste en que el presidente de la comisión respectiva puede autorizar la

Desde sus primeras sentencias ha insistido la Corte en el punto de la publicidad, la cual cumple ciertamente la importante finalidad de la transparencia de los debates que se dan en el Legislativo, al racionalizar la discusión, permitir que la decisión sea más propensa a considerar los distintos intereses sociales, con lo cual las deliberaciones conducen efectivamente a que se produzcan resultados más justos e imparciales. En la sentencia C-386 de 1996 se demandó la constitucionalidad de un extenso y variado articulado de la ley 5a. de 1992, para cuya resolución la Corte acudió a distintos argumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales.⁶⁶⁹

En particular, en el examen a la constitucionalidad del artículo 88 la Corte abordó tres asuntos directamente relacionados con el ideal deliberativo, como son las formas de contar con una democracia más amplia, la opinión pública y la igualdad entre las ramas del poder en materia informativa. Para que pueda hablarse verdaderamente de una democracia constitucional es esencial que la actividad parlamentaria esté regida por los principios de transparencia y publicidad, que son condiciones de legitimidad de la deliberación en la medida en que visibilizando las discusiones es que los congresistas pueden cumplir sus funciones, particularmente la de traducir políticamente la opinión de los distintos grupos y sectores de la sociedad.⁶⁷⁰ La publicidad conduce a la transparencia, y ésta a la imparcialidad, esencial en el grado de justicia que ostente una decisión y cardinal en el modelo deliberativo de la democracia.⁶⁷¹ En una democracia participativa, además, tienen que honrarse los principios que conectan a los parlamentarios con sus electores.

Uno de los requisitos mínimos de racionalidad deliberativa y decisoria es que los congresistas conozcan el texto sometido a votación con suficiente antelación, lo cual desde la sentencia C-760 de 2001 se constituye en un criterio necesario para superar el examen constitucional. Esta sentencia, que

distribución de la ponencia de forma previa al debate entre los miembros de la comisión. La ponencia se debe publicar de todas formas después en la *Gaceta*, pero la verificación de la distribución previa salva la constitucionalidad de una norma si se publicó en la *Gaceta* después de aprobada.

⁶⁶⁹ Respecto de la doctrina de la sustitución constitucional, esta sentencia enfatiza que el Congreso no es la máxima autoridad institucional ni puede operar como tal, porque constituye un poder constituido.

⁶⁷⁰ La sentencia cita a Kant, quien consideraba que uno de los principios trascendentales del derecho público era el que “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”.

⁶⁷¹ La sentencia C-386 de 1996 es citada por la sentencia C-915 de 2001 a este preciso respecto.

declaró constitucional el Código Penal,⁶⁷² desarrolló y amplió la *ratio* de la sentencia C-222 de 1997, pues sostuvo que la regulación del proceso de formación de las leyes, como una de las funciones esenciales del Congreso en la cual participa la Corte, y en particular la oportunidad de deliberación dentro de la sesión de debate, es la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático y procurar igualmente proteger el diseño de la forma de gobierno establecido por el constituyente. La Corte encontró en la sentencia C-760 de 2001 que la ley era constitucional, pero declaró inexequibles algunos artículos y apartes que no fueron publicados en la *Gaceta* núm. 540 de 1999, y que no fueron hechos públicos por otro medio, ni fueron conocidos por la plenaria de la cámara. Además, el proyecto existente se modificó de forma significativa en materias como la jurisdicción indígena, que “se sujetará a la ley que regule la materia”, pero ni siquiera se consultó con dicha minoría. Para la Corte, en sentencia C-760 de 2001, “el supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria es el conocimiento de los textos de los proyectos y de las modificaciones propuestas respecto de los mismos”, por lo cual “el desconocimiento del texto a aprobar equivale a la carencia de objeto de discusión o debate”.

Además del vicio por vulneración de los principios de identidad y consecutividad, la Corte declaró inexequible, en sentencia C-141 de 2010, la ley convocatoria a un referendo constitucional para permitir la segunda reelección presidencial, porque la convocatoria a sesiones extra y su reunión se dio sin que el decreto correspondiente fuera publicado en el *Diario Oficial*, por lo que no existía sustento jurídico que autorizara la reunión, y por tanto la sesión extraordinaria debió ser declarada nula.

Por este mismo error procedimental el Congreso no publicó el decreto que convocó a sesiones extraordinarias, en las cuales la norma cursó su respectivo trámite. La sentencia C-685 de 2011 declaró inexequibles cinco leyes aprobadas por el Congreso en la misma sesión y sancionadas por el presidente el mismo día. La Corte, a pesar de algunos salvamentos de voto,⁶⁷³ ha sustentado de forma consistente que este vicio no es subsanable.

La falta de publicidad implica naturalmente el desconocimiento general del proyecto o de la proposición que lo modifica, lo cual excluye la posibilidad de su deliberación y vicia irremediablemente su votación. Mientras que el conocimiento previo por parte de los parlamentarios de los proyectos de ley y de las modificaciones propuestas a los mismos constituye el acata-

⁶⁷² Ley 600 de 2000.

⁶⁷³ Véanse por ejemplo los salvamentos a la sentencia que declaró inconstitucional la Ley de Insolvencia para Personas Naturales (Ley 1380 de 2010).

miento de un supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria exigido como requisito constitucional en el trámite parlamentario de aprobación de una ley.⁶⁷⁴ Acerca del principio de publicidad, la Corte ha regulado que los informes de las comisiones deben ser conocidos por las plenarias de las cámaras antes de ser sometidos a aprobación, pues sin el conocimiento previo no es posible entender que el debate y la decisión realmente existieron.⁶⁷⁵

Tema	Convocatoria a sesiones extra sin publicación del decreto convocatorio respectivo
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Un año
Característica	Insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Publicidad y transparencia en los debates
Sentencias representativas	C-141 de 2010 y C-685 de 2011
Casos	Ley convocatoria a referendo sobre reelección presidencial (ley 1354 de 2009), ley de insolvencia para personas naturales (ley 1380 de 2010)
Subreglas	<p><i>Está ordenada la debida difusión de la ponencia o el informe de ponencia para primer debate, con antelación al trámite en la comisión correspondiente, so pena de declaratoria de inconstitucionalidad por acaecimiento de un vicio insubsanable.</i></p> <p><i>Debido a que carecen de validez los actos aprobados en sesiones que se realizan sin cumplir los requisitos constitucionales, está ordenado declarar inconstitucional una norma que se haya tratado en alguna de sus sesiones de debate sin publicitar la convocatoria a sesiones extraordinarias.</i></p>

Respecto de un proyecto de ley aprobatoria de un artículo de un tratado internacional, debe anunciarse previamente la sesión donde se realizará su deliberación y votación. La Corte Constitucional tiene la facultad de revisar las leyes aprobatorias de tratados y acuerdos internacionales. Las características de este control son: es previo al perfeccionamiento del tratado, pero

⁶⁷⁴ Sentencia C-688 de 2002.

⁶⁷⁵ Sentencia C-179 de 2002.

posterior a la aprobación del Congreso; automático, pues debe ser enviada por el presidente a la Corte antes de proceder con su sanción; integral, porque la Corte analiza los aspectos formales y materiales del tratado y su ley aprobatoria, confrontándolos con la Constitución;⁶⁷⁶ y tiene fuerza de cosa juzgada. Cumple una función preventiva,⁶⁷⁷ porque su finalidad es garantizar la supremacía constitucional y el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano.⁶⁷⁸

La Corte debe analizar en cada caso donde se detecte la ocurrencia de este vicio al revisar la ley aprobatoria, si fue saneado por el propio Congreso, si es subsanable una vez identificado por la Corte y se le puede enviar al Congreso para que lo subsane, o si es insubsanable y la ley debe entonces declararse inexistente.

En sentencia C-576 de 2006 se reconstruyó el precedente relativo al vicio insubsanable que deriva de omitirse el anuncio de la deliberación y votación de un proyecto de ley aprobatoria de un tratado internacional, en una sesión posterior a cuando se había anunciado su realización y dentro de una misma legislatura. En el examen previo de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, la Corte encontró que en el segundo debate en el Senado, en plenaria, se votó el proyecto de ley sin que previamente se hubiera anunciado que en dicha sesión se realizaría la votación.

Este hecho derivó en el incumplimiento de la exigencia constitucional conforme a la cual ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado.⁶⁷⁹ En este, así como en todos los casos donde se declara inexistente una norma por un vicio formal, no se procede a examinar el contenido de la misma.

El artículo 8o. del Acto Legislativo 01 2003 requiere para su cumplimiento que no coincida la sesión de anuncio de votación, con la sesión de deliberación y votación efectivas. Ordena que la fecha de votación de los proyectos de ley sea previamente anunciada, que dicho anuncio se realice en sesión distinta a la de la sesión en que es sometido a su aprobación, y que la votación se realice efectivamente el día en que se anuncie. El sentido

⁶⁷⁶ “En virtud del control por vicios de procedimiento que ejerce la Corte en desarrollo de esta facultad, se examina tanto la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios en la negociación y firma del tratado, como el cumplimiento de las reglas de aprobación legislativa en la formación de la ley aprobatoria en el Congreso”. Sentencia C-576 de 2006.

⁶⁷⁷ Sentencias C-468 de 1997, C-376 de 1998, C-426 de 2000 y C-924 de 2000.

⁶⁷⁸ Sentencia C-468 de 1997, reiterada en sentencias como: C-378 de 1996, C-682 de 1996, C-400 de 1998 y C- 924 de 2000.

⁶⁷⁹ Consagrado en el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003.

de este artículo es permitir a los congresistas saber con anterioridad cuáles proyectos de ley o informes de objeciones presidenciales serán sometidos a votación, suponiendo el conocimiento pleno de los mismos y evitando, por ende, que sean sorprendidos con votaciones intempestivas.⁶⁸⁰

La omisión de anuncio de votación es subsanable si el vicio ocurre después de que haya expresado su voluntad el Senado (que es por donde debe iniciar su trámite un proyecto de ley aprobatoria de un tratado). En virtud del principio de instrumentalidad de las formas es posible subsanar un vicio durante el procedimiento legislativo si no se ha vulnerado el principio que dicho requisito procura proteger. La Corte ha determinado como criterios relevantes para establecer la posibilidad de subsanar este vicio:

(i) el cumplimiento de las etapas básicas y estructurales del proceso legislativo, establecidas en el artículo 157 de la Carta; (ii) el contexto dentro del cual se presentó el vicio; (iii) la garantía de los derechos de las minorías a lo largo del debate parlamentario y del principio democrático en la votación del proyecto de ley; (iv) el tipo de ley de que se trata y su evolución a lo largo del debate parlamentario.⁶⁸¹

Tema	Requisito de anuncio previo de votación en trámite legislativo
Tipo de vicio	Formal
Característica	Subsanable-insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Publicidad, transparencia y participación de minorías políticas
Sentencias representativas	C-576 de 2006
Subregla	<i>Un proyecto de ley aprobatorio de tratado internacional se declarará inexequible si la votación se realiza en una sesión distinta a la que fue anunciada previamente, es decir, si se rompe la secuencia de citaciones y anuncios. En esta situación se entenderá incumplido el requisito del anuncio de la votación.</i>

5. Principio deliberativo y mayorías necesarias para aprobar proyectos

La Corte ha articulado una jurisprudencia activista y progresista con un respeto por los postulados de la democracia deliberativa que son transgre-

⁶⁸⁰ Sentencia C-533 de 2003 y Auto 038 de 2004.

⁶⁸¹ Auto 089 de 2005.

didos (por omisión o acción) en el escenario legislativo. Un caso que recibió gran cubrimiento mediático debido a su repercusión en la política de “seguridad democrática” del gobierno Uribe, fue la declaratoria de inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista.⁶⁸² La sentencia es un ejemplo del respeto por los autoprecedentes y de la independencia que una institución judicial debe representar en un Estado democrático de derecho. La sentencia C-816 de 2004 declaró inconstitucional en su integridad el estatuto antiterrorista, debido a que se incurrió en un vicio formal insubsanable.

La Corte fundamentó su decisión, entre otras consideraciones, en que más de una docena de los representantes que lo respaldaron habían cambiado su voto de un día para otro sin dar explicación pública alguna.⁶⁸³ En una de las sesiones de debate de la Cámara ocurrió un vicio de procedimiento, porque no se consideraron los efectos jurídicos y prácticos de la votación irregular del informe de ponencia, la cual no se había realizado a satisfacción del tipo de mayoría absoluta que establece la Constitución para la aprobación de los actos legislativos durante el segundo periodo ordinario y consecutivo de sesiones.⁶⁸⁴ La falta del tipo de mayoría exigida por la Constitución y el Reglamento del Congreso para la aprobación del acto legislativo debe acarrear en la práctica el hundimiento del proyecto, pero no fue considerado así por la mesa directiva que precisamente levantó la sesión, por lo que se pudo establecer que violó la normativa reglamentaria y constitucional respecto del trámite de reformas constitucionales. Al otro día inició la siguiente sesión a pesar de que la sesión inmediatamente anterior se había levantado luego de aprobar el proyecto sin la mayoría necesaria de los miembros de la cámara. Este vicio procedural implica la declaratoria de inexequibilidad del acto.⁶⁸⁵

⁶⁸² El Acto Legislativo 02 de 2003 buscaba modificar los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de enfrentar el terrorismo.

⁶⁸³ Sobre el voto público o secreto de los congresistas, véase la sentencia C-245 de 1996, así como su análisis, en Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001, sección VIII, 8.4

⁶⁸⁴ Exigida por la Constitución en su artículo 375 en consonancia con el Reglamento del Congreso en su artículo 119 ordinal 1o.

⁶⁸⁵ Luego de precisar la iniciativa para la presentación de actos legislativos en el gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente, el artículo 375 constitucional establece que el trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. “Aprobado en el primero de ellos por la *mayoría de los asistentes*, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la *mayoría de los miembros* de cada cámara” (énfasis añadido). De forma casi idéntica lo estableció el Reglamento del Congreso, en su artículo 225: “El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las cámaras por la mayoría simple, en la

La Corte logró probar el perverso cometido de la mesa directiva: hacer proseguir irreglamentariamente el trámite del acto legislativo para tener oportunidad, por fuera de los debates en el Congreso, de conseguir las mayorías suficientes para aprobar el proyecto. Y, en efecto, más de una docena de representantes que lo respaldaron finalmente habían cambiado su voto de un día para otro sin explicación alguna.⁶⁸⁶ La sentencia que declaró inconstitucional el estatuto se fundamentó en que el cambio repentina e infundado en el voto de varios representantes vulneró el principio deliberativo que consagra la Constitución, regula la ley 5a. de 1992 y ha desarrollado la jurisprudencia. Este criterio no sólo ha sido seguido por la jurisprudencia constitucional.⁶⁸⁷

Adicionalmente, la exigencia constitucional de un tipo especial de mayoría conformada por la mitad más uno de los votos de los miembros de cada una de las comisiones y plenarias del congreso, necesaria para aprobar leyes estatutarias, no se cumple con dejar constancia de que el proyecto fue aprobado por dicha mayoría, sino que el quórum debe aparecer claramente determinado con el número de senadores o representantes que así lo decidieron.⁶⁸⁸

El criterio de las mayorías establecidas como necesarias para aprobar determinado tipo de leyes ha sido usado repetidamente por la Corte en su examen constitucional a leyes y actos legislativos. Si una ley estatutaria se aprueba con mayoría simple al término de alguna de las sesiones de debate, se genera un vicio insubsanable de inconstitucionalidad. La democracia basada en la regla de mayorías y en el respeto a unos principios que le confieren identidad a la forma de constitucionalismo que se eligió en 1991, imponen como condición un mayor grado de consenso entre las fuerzas políticas a la hora de determinar el contenido y los aspectos relacionados

primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta”.

⁶⁸⁶ Así, mientras en la sesión del 5 de noviembre el proyecto recibió 83 votos a favor y 48 en contra —por lo cual se debió haber archivado por falta de mayoría necesaria— en la sesión del día siguiente recibió 104 votos a favor y 32 en contra. Sobre el voto público o secreto de los congresistas, véase la sentencia C-245 de 1996, así como su análisis en, Cepeda, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial, cit.*, sección VIII, 8.4.

⁶⁸⁷ El Consejo de Estado, en su sala electoral, anuló la elección de los nueve magistrados del Consejo Nacional Electoral en 2011, toda vez que se exige la publicidad en la elección de los magistrados, y en este caso la votación fue secreta. El artículo 133 constitucional establece que las votaciones deben ser públicas. Otro artículo por cuya violación se declaró esta anulación fue el 108 constitucional, que obliga a los partidos políticos a votar en bancada.

⁶⁸⁸ Sentencias C-179 de 1994 y C-688 de 2002.

con la exigibilidad de los derechos.⁶⁸⁹ Ha sido estable la jurisprudencia de la Corte en exigir que por ley estatutaria que se desarrollen legislativamente los derechos fundamentales.

En estos fundamentos se basó la Corte por ejemplo para declarar inconstitucional la ley 1288 de 2009, que propuso e impulsó el gobierno de Uribe Vélez para fortalecer las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Cuando se probó que esta ley incidía directamente sobre elementos estructurales esenciales del derecho a la intimidad, surgió el criterio de inconstitucionalidad, porque se debió haber tramitado como ley estatutaria, y, por lo tanto, con el respaldo de una mayoría superior respecto de la exigida para aprobar leyes ordinarias. La Corte esgrimió tres argumentos para fundamentar que se trataba de un vicio insubsanable y, por lo tanto, que no podía remitir el acto al Congreso para que lo remediara. Hubo una distorsión de la formación de la voluntad democrática de las cámaras por la aprobación de un proyecto sin la mayoría necesaria; no es posible subsanar este vicio porque ello acontecería por fuera de los dos períodos ordinarios consecutivos que exige la Constitución para el trámite de actos legislativos, y la subsanación implicaría repetir la segunda vuelta, por lo cual sería hecha por fuera del término de treinta días que para los eventos en que es posible la subsanación preceptúa el Reglamento del Congreso en su artículo 202.

Sentencias como estas objetan el comportamiento, usual en algunos casos, de los parlamentos donde la reunión de las cámaras no sirve sino para formalizar con una votación la decisión que ya fue tomada en negociaciones previas privadas por fuera de las sesiones de debate. El control constitucional, aunque de baja intensidad, resguarda los principios en los que se desarrollan las normas procedimentales. Sentencias como esta, y en general la línea jurisprudencial sobre el control del procedimiento legislativo, son las que verdaderamente consagran el modelo deliberativo y público de formación de las leyes y de los actos legislativos que se diseñó en la Constitución.

La Corte, consciente de que se podría objetar como un “culto excesivo al respeto de rituales sin sustancia” el hecho de declarar inconstitucional por un vicio de forma leyes importantes para la política de un determinado

⁶⁸⁹ La sentencia C-567 de 1997 declaró inexcusable un artículo de la ley 190 de 1995, “*El estatuto anticorrupción*” que obligaba suministrar todos los datos solicitados en el desarrollo de un formato único de hoja de vida por parte de quienes aspiraran a ocupar un cargo público. La creación de una obligación de este tipo debería haberse realizado mediante ley estatutaria debido a su contenido ligado al *hábeas data* o derecho a la autodeterminación informática. Sobre el desarrollo legislativo indebido del derecho fundamental al *hábeas data* la Corte posteriormente ha declarado inconstitucionales otras disposiciones, sobre las que puede consultarse las sentencias C-384 de 2000, C-729 de 2000 y C-687 de 2002.

gobierno, sostuvo que en una democracia constitucional, y en particular en un país pluralista, la soberanía popular se manifiesta precisamente en deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática que exprese la decisión mayoritaria. Las decisiones colectivas deben ser un producto de una discusión pública que haya permitido además la participación de las minorías. Por esta razón, el control de los vicios de procedimiento en la formación de leyes y actos legislativos constituye una de las principales funciones de la justicia constitucional.⁶⁹⁰

Tema	Aprobación de proyecto sin mayorías reglamentarias
Tipo de vicio	Formal
Término de la demanda	Un año
Característica	Insubsanable
Derechos y principios vulnerados	Principio democrático y principio de consecutividad (unidad de materia)
Sentencias representativas	C-816 de 2004
Casos	Estatuto antiterrorista (Acto Legislativo 02 de 2003)
Subreglas	<p><i>Está ordenado al Congreso archivar un proyecto, y de esta forma impedir que continúe su trámite, si la ponencia no obtiene la mayoría absoluta requerida en el segundo período de debates.</i></p> <p><i>Está ordenado declarar inconstitucional un acto legislativo si durante alguna de las sesiones de debate durante el segundo período, el proyecto se aprobó con mayoría simple y, a pesar de ello, continuó el trámite legislativo.</i></p>

6. “No taxation without representation” y *racionalidad deliberativa*

El gobierno Uribe presentó una reforma al estatuto tributario⁶⁹¹ en la cual, entre otras normas, consagraba la inclusión de nuevos productos como

⁶⁹⁰ Sentencia C-816 de 2004, fundamentos jurídicos 135 y ss.

⁶⁹¹ Ley 788 de 2002 “por la cual se expediten normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

objeto de impuesto al valor agregado (IVA) y la ampliación del porcentaje que se tributaba por otros productos. En acción pública de inconstitucionalidad se le solicitó a la Corte que declarara la inexistencia de la ley porque, respecto de algunos de sus artículos, se vulneró durante el trámite legislativo la norma constitucional que regula el periodo que debe transcurrir entre el primero y el segundo debate (artículo 160), toda vez que no se cumplieron los ocho días para pasar del primero al segundo, y quince para hacer tránsito de una corporación legislativa a otra.

En sentencia C-776 de 2003 se estudiaron los argumentos planteados por el actor, para quien se vulneró la Constitución, porque a pesar de que se dio la discusión en el Congreso no se cumplió con los referidos tiempos. La Corte encontró no obstante que dichos plazos no eran necesarios en razón de las mismas normas que se estudiaron y debatieron en secciones conjuntas, lo que redujo los tiempos de aprobación de la ley y permitió el cumplimiento del debido debate. Por ésta, así como por otras razones, declaró ejecutable casi todo el articulado demandado y se inhibió respecto de un artículo. Ahora bien, encontró inconstitucional el artículo 116 de dicha ley, que ampliaba la base del IVA a productos de primera necesidad, como la leche, la carne, los huevos y los medicamentos, así como a servicios esenciales, como la salud, el agua, la luz, el gas y la educación, que se gravaban con un 2%. Además de que contrariaba los principios de progresividad⁶⁹² y equidad que rigen el sistema tributario en un Estado social y democrático de derecho,⁶⁹³ así como el principio de la igualdad. La Corte también fundamentó la inexistencia de este artículo 116 en un vicio por elusión deliberativa.

La Corte tuvo en cuenta en parte información relacionada con las tasas de pobreza e indigencia, la equidad del sistema tributario, los niveles de des escolaridad y desempleo, así como la distribución del ingreso en Colombia, y la falta de medidas de gasto social, que hayan probado ser efectivas, que compensen la afectación del mínimo vital de las personas más necesitadas.

⁶⁹² El principio de progresividad regula que el sistema tributario reduzca las diferencias relativas entre los aportantes conforme a su capacidad contributiva de la que disponen. Para lograrlo se debe diseñar un sistema tributario con sus normas particulares, de forma tal que reparta con justicia la carga tributaria estatal a partir de la capacidad contributiva de las personas. La carga tributaria debe ser mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente. Sentencia C-419 de 1995. Debido a que este principio permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados, se puede afirmar que el principio de progresividad se deduce del principio de equidad vertical. Sentencia C-643 de 2002.

⁶⁹³ Sobre este punto, Restrepo, Juan Camilo, *¿Y de la equidad qué? Reflexiones sobre el sistema tributario durante la administración Uribe Vélez*, Medellín, Dike, 2010.

das.⁶⁹⁴ Debido a que el IVA es un impuesto indirecto, es regresivo, toda vez que se debita a las personas con independencia de su capacidad económica. Si bien la Corte había señalado que se presume la capacidad de pago de quienes adquieren productos grabados, este criterio no vincula este caso, porque, se trata de productos de primera necesidad que por su naturaleza requieren todos los miembros de la sociedad, pero cuyo impuesto sólo afecta a los más desfavorecidos que tienen capacidad de pago reducida.⁶⁹⁵ Una persona que compra una bolsa de leche o una porción de pan no está ejerciendo su libertad como consumidor, en un sentido, sino que está supliendo necesidades básicas. Tampoco se deriva que siempre y en todos los casos los impuestos indirectos sean declarados inexequibles, pero indica que debe examinarse el contexto socioeconómico en el cual van a implementarse los nuevos gravámenes.

La Corte ha reafirmado en su jurisprudencia el amplio margen de configuración que la Constitución le confiere al Congreso en materia de política tributaria, con el fin de que pueda determinar qué no se grava, qué se grava y con qué porcentaje. Este margen de configuración ha sido calificado como “la más amplia discrecionalidad”.⁶⁹⁶ Por esta razón, se declaró exequible el artículo 34 de esta misma ley 788 de 2002, que consagra bienes gravados con IVA del 7%. De la particular amplitud no se deriva, claramente, la falta de límites. Como todo ejercicio que realice el Congreso en el marco de una democracia constitucional, está sometido a los límites y vínculos que establecen los derechos fundamentales y los principios constitucionales que, como la legalidad tributaria, la equidad fiscal, la eficiencia, la progresividad y la igualdad real, debe respetar la potestad impositiva del Congreso.

El Congreso puede modificar la normativa tributaria en ejercicio de su potestad impositiva, pero no lo puede hacer de cualquier forma. En la justificación que otorgue a dichas modificaciones debe considerar los objetivos de fomentar determinadas actividades o sectores económicos, pero también atender al hecho de que como resultado de las propias deliberaciones del Congreso se ha sostenido durante décadas una decisión relativa a no extender la carga tributaria a las personas con baja capacidad contributiva.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Sentencia C-776 de 2003, apartado 4.5.6.1.

⁶⁹⁵ Sentencia C-505 de 1999.

⁶⁹⁶ Sentencia C-007 de 2002.

⁶⁹⁷ El apartado 4.5.2 de la sentencia presenta una breve reconstrucción histórica del IVA en Colombia, de la cual se colige que el artículo 116, por sus profundas implicaciones para el sistema tributario, implicó una modificación del sistema tributario en su conjunto, el cual “era uno distinto antes de la norma acusada y fue objeto de una modificación, no puntual o accesoria, sino trascendental”.

Al revisar la historia del IVA en Colombia, la Corte encontró que muchos de los bienes y servicios gravados en esa norma habían sido objeto de amplia deliberación parlamentaria conforme a la cual se había decidido excluirlos o declararlos exentos para promover la igualdad real. Ampliar la base del IVA como proponía el artículo 116 representa entonces una modificación del sistema tributario. La manera como se configuró el artículo 116 en el Congreso omitió el principio de consecutividad, porque fue introducido en el penúltimo debate durante las deliberaciones en la plenaria de la cámara y, como no tenía unidad de materia con el resto del articulado, constituía un tema nuevo, que debía haber surtido los cuatro debates reglamentarios. Como el Senado no tuvo ocasión de conocerlo, se introdujo mediante comisión de conciliación.⁶⁹⁸

Un tema nuevo, y particularmente sensible,⁶⁹⁹ se incluyó en el resto del articulado de forma tal que no pudo ser debatido. La Corte estableció que un día antes de la terminación del periodo legislativo, cuando habían transcurrido tres meses desde que se presentó el proyecto, el ministro de Hacienda afirmó ante la plenaria de la cámara:

Con el señor presidente de la República, el equipo económico estuvo meditando la conveniencia de incluir este gravamen del 2% para los bienes excluidos y exentos hoy en día ... sé que esta es la decisión más compleja, más difícil de esta reforma tributaria, pero yo les ruego meditarlo, pensarlo, estamos anticipando una situación fiscal de la Nación muy importante hacia el año 2005, y por lo tanto creemos que con esto les estamos dando el carácter estructural a la solución del problema fiscal de la Nación.

⁶⁹⁸ En algunos casos surgen discusiones relativas a lo que constituye o no un tema nuevo, así como a la excesiva rigidez de la Corte al decidir si existe o no “tema nuevo” a lo largo de los debates, toda vez que de otro lado sea afirmado que en el procedimiento legislativo también se debe incentivar la “flexibilidad y la creatividad”. Por ejemplo, en el salvamento de voto de Manuel José Cepeda a la sentencia C-1056 de 2003 sostuvo que un artículo declarado inconstitucional en la sentencia porque fue introducido a último momento en un proyecto ajeno a la materia por él regulada. Conforme a Cepeda, el artículo estaba en el proyecto de ley inicialmente presentado por el gobierno, versa sobre la materia pensional y está estrechamente vinculado a la reforma al régimen de pensión de vejez, discutida y votada en los cuatro debates reglamentarios.

⁶⁹⁹ Se dice en la sentencia que el ejercicio de la potestad impositiva del Estado no puede estar encaminado a empujar a los estratos bajos hacia la pobreza y a los pobres hacia la indigencia. La Corte ha señalado desde sus primeras sentencias que corresponde al legislador velar por la “efectiva idoneidad” de los sujetos obligados por las normas tributarias, de tal manera que no se impongan cargas sobre personas cuyo nivel de ingresos “se agota en la satisfacción de sus necesidades vitales mínimas”. Sentencia C-776 de 2003, apartados 4.5.3.2.2 y 4.5.3.3.2.

Con la actuación del Congreso respecto de este artículo no sólo se vulneró el ideal deliberativo al constatarse la ocurrencia de la afectación en el principio de consecutividad, sino que se irrespetó el propio criterio que en ocasiones anteriores había tomado el Congreso en estos casos.⁷⁰⁰ La Corte había advertido que la decisión de gravar bienes o servicios de primera necesidad exigía una “previsión razonada y ecuánime”.⁷⁰¹ Por un lado, el artículo 116 habría tenido severos efectos sobre la población desfavorecida y profundas implicaciones para el sistema tributario. Por esta razón, la Corte encontró que vulneraba los principios tributarios de progresividad y de equidad. Estos principios se deben interpretar sistemáticamente con el derecho al mínimo vital.

La justificación del gobierno, en particular del ministro de Hacienda y del director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en sus respectivas intervenciones en la sentencia, es que los recursos se destinarián prioritariamente hacia el beneficio de los sectores desfavorecidos, por lo que al cobrarle el IVA a productos de primera necesidad terminarían beneficiándose del recaudo adicional. Además de la falta de evidencia que respalde la compensación de la nueva carga impuesta, constató la Corte que para entonces el gasto público social había venido disminuyendo en los últimos años y que en realidad el IVA se destinaría para financiar el gasto en seguridad y defensa.

Por otro lado, no sólo de la concepción del artículo, sino también de la forma como fue incorporado al proceso parlamentario, se establece que fue el resultado de una decisión arbitraria de gravar un alto número de bienes y servicios diversos,⁷⁰² la cual se tomó sin el mínimo de deliberación parlamentaria exigido por el principio de legalidad del tributo; es decir, de que no puede haber tributación sin la debida representación. Desde mediados del siglo XVIII existe el principio de “no tributación sin representación”, conforme al cual la representación de los sectores sociales se manifiesta gracias a la posibilidad de deliberación parlamentaria, así que con incumplirla no sólo se afecta la normativa reglamentaria sobre formación de leyes, sino también el principio de legalidad del tributo.

El principio de “no tributación sin representación” tendría, según la sentencia C-776 de 2003, dos expresiones: la instrumental y la material. La primera sería una exigencia de que “cualquier norma que establezca o mo-

⁷⁰⁰ Lewin Figueroa, Alfredo, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia tributaria (1992-2005)*, trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, noviembre 10 de 2005.

⁷⁰¹ Sentencia C-094 de 1993.

⁷⁰² Desde armas de fuego y maquinaria hasta leche y huevos.

difique una obligación tributaria deba haber surtido todos los pasos necesarios para haber sido adoptada como ley". La expresión material se refiere a la deliberación sobre el tributo impuesto a cada bien y servicio por parte del Congreso. Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, porque traduce la posición de los representantes que se exterioriza en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual facilita el control del ejercicio del poder público.

El respeto al supuesto político de la representación se corresponde con la necesidad de un acto del legislador para la creación de gravámenes. En un sistema democrático la imposición de tributos debe surtir debidamente las etapas para adoptarse como ley. La creación de impuestos exige el consentimiento de la colectividad,⁷⁰³ y, por lo tanto, exige un respeto al trámite parlamentario, y, en particular, la satisfacción de un mínimo de racionalidad deliberativa respecto de las implicaciones de la modificación para los principios tributarios y, en últimas, para la sociedad. "Esta deliberación hace efectivo el principio de representación política, puesto que traduce la posición de los representantes del pueblo, expresada en razones públicas por todos conocidas o, al menos, identificables, lo cual a su turno facilita el control del ejercicio del poder público, que es un derecho fundamental de los ciudadanos".⁷⁰⁴

A pesar de que había razones constitucionales de fondo para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ampliar la base gravable del IVA a productos de primera necesidad, porque afectaba principios constitutivos del modelo de Estado social y democrático de derecho, la razón de la decisión en este caso (*la ratio*) fue que el artículo de la referida ley se aprobó sin respeto a los principios que resguardan las normas que regulan el trámite de las normas en el Congreso y eludiendo, en consecuencia, la deliberación sobre las implicaciones de dicha ampliación respecto de los principios de progresividad y equidad.⁷⁰⁵ Un mínimo de racionalidad deliberativa debe preceder la decisión de ampliar la base gravable del IVA a productos de primera necesidad, máxime cuando deliberaciones anteriores habían sostenido la conveniencia de no hacerlo.⁷⁰⁶

⁷⁰³ Sentencia C-1383 de 2000.

⁷⁰⁴ Sentencia C-776 de 2003.

⁷⁰⁵ "Estos principios constituyen los parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario y se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular". Sentencia C-643 de 2002. La Corte protege la sujeción del poder tributario a los mandatos constitucionales, por lo cual se debe asegurar que el sistema tributario se enmarque en los principios de justicia y equidad, los cuales se concretan en las fórmulas de reparto de la carga tributaria y en la adecuada distribución del gasto público. Sentencia C-183 de 1998.

⁷⁰⁶ Para declarar inconstitucional el artículo 116 se tuvo en cuenta también la vulneración al derecho fundamental del mínimo vital en tanto garantía de la dignidad humana en

7. *Elusión deliberativa por falta de consulta previa*

La consulta previa es el derecho del que gozan las minorías étnicas nacionales (indígenas, negros,⁷⁰⁷ raizales, palenqueros y gitanos), para informarse acerca de todo proyecto de ley, de infraestructura o de explotación de recursos naturales que pueda afectar sus territorios ancestrales y sus comunidades. La consulta previa no es un requisito del trámite parlamentario como tal, sino una condición previa que habilita el inicio y desarrollo del debate. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, señala en sus artículos 6 y 7 que los pueblos tienen el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de desarrollo nacional y regional que probablemente les afectaran de manera directa. Este tratado internacional es reconocido en Colombia en virtud del artículo 330 constitucional⁷⁰⁸ y forma parte del bloque de constitucionalidad⁷⁰⁹ debido a su aprobación por la ley 21 de 1991. La Corte ha utilizado la consulta como un estándar de constitucionalidad para proteger principios como autonomía, integridad e identidad cultural y económica de las minorías étnicas.

Más que por su ratificación formal, el Convenio se ha constituido en un estándar para determinar la validez de normas en Colombia por cuenta de

su dimensión de “vivir bien” con condiciones mínimas de vida sin las cuales las personas no tienen un mínimo de calidad de vida. Con la probada afectación al sector más desfavorecido de la población, que ha aumentado como se sabe por cifras sobre pobreza y desigualdad, no es equiparable de forma automática la capacidad para adquirir bienes y servicios, con capacidad contributiva. De los bienes y servicios de primera necesidad gravados depende el goce efectivo del derecho al mínimo vital. El deber general de contribuir a financiar los gastos del Estado se debe ponderar con principios de justicia y equidad. “No se puede afirmar que quien agota todo su ingreso en adquirir lo necesario para subsistir, tiene una capacidad contributiva reflejada en su posibilidad de adquirir bienes y servicios que ineludiblemente debe comprar para sobrevivir”. Sentencia C-776 de 2003.

⁷⁰⁷ Sobre la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras”, véase la sentencia C-253 de 2013. Sobre el lenguaje jurídico como factor potencial de inclusión o exclusión social, véanse por ejemplo: C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-320 de 1997, C-082 de 1999, C-800 de 2000, C-983 de 2002, C-478 de 2003, C-1088 de 2004, C-1235 de 2005 y C-037 de 2006.

⁷⁰⁸ Otros artículos constitucionales que respaldan la figura de la consulta previa, son: 1, 2, 7, 70, 93 y 329. Normas constitucionales relacionadas son aquellas que protegen las garantías otorgadas a los pueblos indígenas, tales como las integradas en los artículos 10 (las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios), 68 (derecho a la identidad cultural), 96 (los indígenas asentados en territorios fronterizos son nacionales por adopción), 171 (circunscripción especial indígena con dos senadores que los representen), 246 y 330 (autonomía judicial y gubernamental), 286 y 329 (territorios indígenas como entes territoriales) y 330, parágrafo (derecho de participación de los pueblos indígenas).

⁷⁰⁹ Sentencia T-606 de 2001.

su implementación por parte de la jurisprudencia. Lo ha elevado a estatus iusfundamental porque está ligado a la subsistencia del grupo como grupo humano y como cultura. Es un derecho fundamental de carácter colectivo que procura proteger la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios, y asimismo amparar su derecho a la participación. Su realización debe estar enmarcada en un proceso público en el que se garantice el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo). Su nombre indica que la consulta se debe realizar de manera previa a la adopción de la medida para que precisamente la participación de las comunidades les permita contribuir en su configuración. La sentencia SU-039 de 1997 estableció los criterios para la realización de la consulta. La sentencia C-030 de 2008 precisó su forma de realización. El derecho a preservar la integridad de la comunidad se garantiza mediante el ejercicio del derecho a la participación en la adopción de las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarles.

A partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha establecido las reglas que se deben cumplir para garantizar la consulta previa. 1). Se deben consultar todas las leyes, los decretos y los proyectos que afecten las comunidades étnicas y sus territorios. 2). En la consulta deben participar los legítimos representantes de las comunidades afectadas que pueden estar acompañadas por organizaciones étnicas nacionales, los representantes de las empresas o los ponentes del respectivo proyecto de ley, y los organismos del Estado directamente vinculados (la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Ambiente) que fungen como garantes del proceso de realización de la consulta. 3). Los costos en la realización de las consultas los debe acarrear el Estado a partir de recursos propios gestionados por el Ministerio del Interior con aportes de sectores interesados en las consultas, como aquellos que explotan recursos naturales. 4). Debido a que el consentimiento por parte de las comunidades es un requisito necesario para la realización del proyecto, si el resultado de la consulta es negativo y si se encuentra que el impacto del proyecto es considerable y puede poner en peligro la supervivencia cultural o física del pueblo involucrado, al ejecución del proyecto debe suspenderse hasta tanto se llegue a un acuerdo.⁷¹⁰

Si bien por regla general no existen procedimientos especiales para la presentación de un proyecto, más allá de las señaladas formalmente en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, la Corte ha declarado inconstitucionales diversas normas, porque durante su trámite no se cumplió con

⁷¹⁰ Agradezco aquí la orientación de César Rodríguez Garavito.

la consulta previa a los pueblos indígenas y grupos étnicos. El objetivo de la consulta es determinar la eventual afectación directa que podrían sufrir estos grupos por la implementación de una medida legislativa (expedición de normas que los involucren o los afecten) o administrativa (expedición de una licencia ambiental para explotar recursos naturales).⁷¹¹

Conforme a una concepción deliberativa de la democracia se deben promover y fortalecer mecanismos para reducir el autointerés egoísta en la formación de la voluntad general y para contribuir a depurar el trámite parlamentario de la lógica perversa que muchas veces lo regula mediante la observancia al principio de publicidad, por ejemplo. Las medidas legislativas o administrativas que afectan derechos de pueblos étnicos minoritarios no se toman necesariamente por la lógica perversa del capital, sino por el desconocimiento de sus preferencias y necesidades. La misma falibilidad humana es un criterio para promover los mecanismos que contribuyan a tomar decisiones en las cuales se logre una adecuada articulación entre la necesidad de explotar los recursos naturales y la protección que el Estado le debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades; es decir, que permitan lograr una ponderación correcta entre los principios que ampara el derecho a la consulta previa, por un lado, y el principio a la seguridad jurídica y el derecho al desarrollo económico, por otro.

Así es como se ha establecido la existencia de dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas: el derecho general de participación y el deber de consulta. Conforme al primero los estados deben crear medios para que se haga efectivo el derecho de los interesados a participar en la adopción de las medidas que los van a afectar. La normativa constitucional que lo respalda es básicamente la igualdad política, la participación en el procedimiento legislativo y la circunscripción especial. Conforme al deber de consulta, el Estado está obligado a realizarla, toda vez que se constituye en un derecho fundamental.⁷¹² Se configura una violación a la Constitución si se pretermite en el trámite legislativo por el claro vínculo entre la realización de la consulta y la protección de la identidad cultural de las

⁷¹¹ Sentencia T-382 de 2006. Otras sentencias en las cuales se ha decidido sobre el derecho a la consulta previa, son: sentencias T-428 de 1992 (resguardo indígena de Cristianía en el caso de la troncal del café), SU-039 de 1997 (pueblo indígena U'wa), T-652 de 1998 (pueblo Indígena Embera Katio), C-169 de 2001 (circunscripción electoral de las comunidades negras), C-891 de 2002 (consulta en la expedición del Código de Minas), SU-383 de 2003 (fumigaciones que afectaban pueblos indígenas y tribales de la Amazonía) y T-880 de 2006 (cabildo Motilón Bari en caso de perforación exploratoria de Ecopetrol).

⁷¹² Sentencia C-615 de 2009.

minorías étnicas.⁷¹³ La Corte reconoce el derecho a la deliberación autónoma para que libremente convoquen a sus integrantes y representantes y valoren las ventajas y desventajas del proyecto.⁷¹⁴ La participación debe ser real y efectiva tratándose de las cuestiones que afectarán a las comunidades, sobre todo en casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. La participación no se emula con una simple función informativa, y la realización de la consulta debe estar regida por el principio de la buena fe. Tres criterios existen entonces en el estudio del deber de realizar la consulta en cada caso: (i) la obligatoriedad, (ii) las características de la obligatoriedad, y (iii) las consecuencias de su pretermisión u omisión.⁷¹⁵

Dos casos pusieron en la agenda de discusión nacional el control que ejerce la Corte a la manera como se elaboran las normas en el Congreso cuando se elude la deliberación respecto de las comunidades indígenas o étnicas que se verán afectadas por su implementación. En ambos casos se declararon inconstitucionales medidas, defendidas con especial vigor por el gobierno de entonces, que omitieron durante sus respectivos trámites de formulación y expedición el requisito de la consulta a las comunidades indígenas y tribales a pesar de afectarles directamente. Se trata de la ley forestal (Ley 1021 de 2006)⁷¹⁶ y del Estatuto de Desarrollo Rural (ley 1152 de 2007).⁷¹⁷

En el primer caso, la Corte reconoció que a pesar de que hubo un amplio proceso de participación de distintos sectores interesados durante el trámite parlamentario del proyecto de ley era necesaria la realización de la consulta previa. La ley regulaba de manera general e integral la actividad forestal, y por tanto podría afectar directamente a las comunidades indígenas y afrocolombianas al establecer políticas generales, definiciones y cri-

⁷¹³ Sentencia C-615 de 2009. La sentencia C-030 de 2008 amplió la definición del contenido y el alcance de la consulta previa, mientras que la C-175 de 2009 establece las reglas que se deben cumplir en la manera de realizar la consulta.

⁷¹⁴ Sentencia SU-039 de 1997.

⁷¹⁵ Sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008. En esta última sentencia se declaró exequible la ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, condicionadamente a la suspensión de la ejecución de los proyectos o presupuestos plurianuales que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta que se realice la consulta previa, pues varios proyectos son susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas que residen en las zonas donde serán ejecutados

⁷¹⁶ Declarada inexequible en la sentencia C-030 de 2008. El precedente sentado en esta sentencia fue utilizado para analizar la constitucionalidad de diversa normativa. Véanse por ejemplo las sentencias: C-063 de 2010, C-937 de 2011, C-331 de 2012, C-398 de 2012, C-641 de 2012, C-862 de 2012, C-943 de 2012, C-068 de 2013.

⁷¹⁷ Declarada inexequible en la sentencia C-175 de 2009.

terios que pueden afectar las áreas donde se encuentran asentadas, lo cual puede además afectar sus formas de vida y su estrecha relación con el bosque. Hubo elusión deliberativa por falta de consulta con esas comunidades en la búsqueda efectiva de aproximaciones sobre la manera de evitar que la ley las afectara negativamente, ya que hubiera sido necesario que a partir de instancias suficientemente bien representativas de las comunidades se pusiera en su conocimiento el proyecto de ley, se les ilustrara sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas.

Por razones similares fueron declaradas inexequibles en sentencia C-366 de 2011 las reformas introducidas al Código de Minas,⁷¹⁸ pues las medidas legislativas que contenía incidían directamente en la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas, por lo que el proyecto debió contar con espacios de participación para las comunidades probablemente afectadas. El Congreso entonces no podía regular la explotación de recursos sin consultar con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre su contenido. La Corte ha variado según el caso en la adopción de los remedios judiciales al momento de analizar la constitucionalidad de un proyecto (de ley o de infraestructura) cuya implementación afecte comunidades étnicas nacionales. En unos casos ha declarado la inconstitucionalidad porque se encontró que el proyecto ha debido consultarse con las comunidades respectivas, mientras que en otros casos ha declarado la constitucionalidad condicionada a que la consulta se realice cuando se vaya a realizar algún aspecto del proyecto.⁷¹⁹

En el caso del estatuto de desarrollo rural, las razones por las cuales se reconoció que se había violado el deber de realizar la consulta previa fueron el reconocimiento de la importancia que para la definición de su propia identidad tiene la regulación de la propiedad agraria en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas, y la obligatoriedad del deber de consulta se refuerza por la existencia de materias que específicamente regulan temas relacionados con las comunidades indígenas o afrodescendientes.⁷²⁰

La consulta previa tiene unas características que no se pueden sustituir durante el proceso participativo ordinario del Congreso, ya que en el mis-

⁷¹⁸ Ley 1382 de 2010 que modifica la ley 685 de 2001 (Código de Minas).

⁷¹⁹ En esta sentencia C-366 de 2011, por ejemplo, la Corte confirió efectos diferidos a su decisión respecto de este segundo caso.

⁷²⁰ La Corte ha examinado la consulta previa en caso de leyes ordinarias, pero también de leyes estatutarias (C-490 de 2011, C-748 de 2011 y C-765 de 2012), tratados internacionales (C-750 de 2008, C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012) y reformas constitucionales (C-702 de 2010, C-882 de 2011 y C-317 de 2012).

mo no hay oportunidad de que las comunidades conozcan el proyecto, sus alcances y sobre todo sus eventuales perjuicios. El espacio participativo de la consulta les permite pronunciarse sobre las normas para que sus objeciones y reclamos sean escuchados y tengan influencia efectiva en la configuración de la norma. Este proceso procura evitar que las comunidades se afecten en su integridad cultural, económica o social. La sentencia que se profirió en el caso de la ley forestal extendió los alcances del precedente sobre consulta previa porque reconoce la obligación estatal de consultar a las minorías culturales los proyectos susceptibles de afectarlos directamente, antes de su radicación en el Congreso.

Tema	Omisión de consulta previa
Tipo de vicio	Sustancial
Término de la demanda	Indefinido (no caduca)
Característica	Insubsanable
Derechos y principios afectados	Principio democrático, derecho a la participación, pluralismo, reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, respeto a las minorías étnicas y salvaguarda de su identidad diferenciada
Sentencias representativas	C-169 de 2001, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-207 de 2007, C-175 de 2009, C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011
Casos	Ley Forestal (Ley 1021 de 2006), Código de Minas (Ley 1382 de 2010) y Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007).
Subregla	<i>Esta ordenada a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la realización de una consulta previa, libre e informada con las minorías étnicas nacionales cuando se compruebe que un proyecto de ley, de infraestructura o de explotación de recursos naturales, o decisiones administrativas, afecta directamente sus territorios ancestrales y sus comunidades.</i>

8. Relación entre amplitud deliberativa y capacidad de acción legislativa

Una sentencia que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 789 de 2002⁷²¹ consagró en su *ratio* un importante criterio de consti-

⁷²¹ En sentencia C-658 de 2003 se había declarado constitucional la ley 789 de 2003 en su integridad, y la sentencia C-801 de 2003 declaró ejecutable el artículo 51. En ambos casos

tucionalidad, que ha sido seguido por la doctrina de la Corte y es esencial en la subregla sobre elusión deliberativa. La sentencia C-038 de 2004 declaró exequibles los artículos 25 y 26, entre otros, de dicha ley. El primero extiende la jornada ordinaria o diurna hasta las 10 p.m., mientras que la regulación precedente señalaba que ésta iba únicamente hasta las 6 p.m. Extender la jornada laboral ordinaria hasta las 10 p.m. implica que quienes trabajen entre las 6 p.m. y las 10 p.m. no tendrán derecho al recargo por trabajo nocturno. El segundo modifica la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, pues reduce de 100% a 75% el recargo por trabajo en festivos y dominicales.

El principal argumento a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 26 era que establecen regulaciones menos favorables a los trabajadores respecto de las normas subrogadas, por lo que su implementación implica un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual estaría prohibido en materia de regresividad en derechos sociales. Quienes defienden la constitucionalidad, por su parte, sostienen que incluso si dicho retroceso existiera, estaría justificado, porque no afecta derechos adquiridos ni situaciones consolidadas, y tiene una finalidad legítima, como es promover el empleo y contribuir así al desarrollo económico estatal.

No sólo la exposición de motivos del proyecto y los informes de ponencias, sino también las deliberaciones en las cámaras, demuestran con claridad que la finalidad de las reformas es constitucional. Se trata de implementar medidas que faciliten la contratación de nuevas personas para apoyar el empleo y favorecer también el crecimiento económico del Estado. Las deliberaciones en las cámaras arrojaron un hecho interesante, cual es la divergencia no sobre los fines, sino sobre los medios para alcanzarlos y sobre la eventual desproporción en la afectación a otros principios y derechos. Sin duda se trata de una medida sensible, porque perjudica sobre todo a los trabajadores que reciben un salario mínimo o están en condiciones de empleo informal o subempleo, quienes precisamente se veían en la obligación de, o en todo caso aprovechaban la oportunidad para, trabajar más con el fin de ajustar su salario a sus necesidades. La Corte reconoce que estos artículos modifican las garantías laborales de las personas empleadas porque implican una menor remuneración por el mismo trabajo o una menor protección a la estabilidad en el empleo. La remuneración y la protección, reconoce igualmente la Corte, contribuyen a realizar normas constitucionales y tra-

los cargos examinados fueron sólo respecto de vicios en el procedimiento de su formación. Debido a que la demanda que se resolvió en la sentencia C-038 de 2004 trataba sobre cuestiones de fondo, la Corte encontró que no había cosa juzgada.

tados de derechos humanos ratificados por Colombia,⁷²² toda vez que las condiciones de trabajo deben ser justas, equitativas y satisfactorias.

Podrían encontrarse razones constitucionales de fondo relativas a que la jornada laboral flexible vulnera derechos del trabajador al descanso, a la unidad familiar y a la recreación. Comporta un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales. La prohibición *prima facie* de retroceso de los derechos sociales está consolidada en la jurisprudencia constitucional colombiana, así como en la doctrina internacional de derechos humanos⁷²³ que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano vía bloque de constitucionalidad. El trabajo es un derecho constitucional, así como un principio y valor que impone al Estado el deber de dispensarle particular protección. Es igualmente un derecho social que por ser de realización progresiva no sólo exige el amparo de ciertos mínimos, sino también el desarrollo progresivo para lograr su plena realización.⁷²⁴

Incluso omitiendo la eventual desproporción en la afectación, no estaba del todo clara la idoneidad de las medidas, es decir, si disminuyendo los costos laborales de los empleadores se iba a contribuir en efecto con la consecución de los fines establecidos: la promoción del empleo y el crecimiento económico del Estado.⁷²⁵ En este caso entonces podrían haberse encontrado razones para que la Corte se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de las medidas propuestas por el gobierno y aprobadas por el Congreso para mejorar el empleo. Concentró su análisis en el hecho de que en el Congreso el tema hubiera sido debidamente deliberado, para que se consideraran las implicaciones en el bienestar de los trabajadores para quienes la reducción de su ingreso mensual podría eventualmente afectar su mínimo vital. Con la doctrina de la elusión deliberativa la Corte respeta la máxima discrecionalidad del Congreso para tomar las grandes decisiones nacionales, al resguardar los principios mínimos que deben seguirse durante el trámite parlamentario, los cuales son protegidos por normas reglamentarias. De las deliberaciones en las cámaras igualmente quedó claro que entre los especialistas en el campo económico subsiste una discusión profunda por las pers-

⁷²² Los convenios de la OIT, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador.

⁷²³ Observación General núm. 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990. Véase también, Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 2006.

⁷²⁴ Sentencia SU-225 de 1998.

⁷²⁵ Conforme a la exposición de motivos, se podrían crear un total de 640,000 empleos durante el cuatrenio.

pectivas y los diagnósticos relativos a las causas del desempleo y las maneras idóneas para realizar reformas que conduzcan a su aumento.⁷²⁶

En esta sentencia se siguió el precedente sentado por la *ratio* de la sentencia C-168 de 1995, conforme a la cual el principio de favorabilidad laboral no impide modificar la normatividad existente, a pesar de que resulte menos favorable al trabajador. Por tal razón, la Corte, en la sentencia C-038 de 2004, analizó otras cuestiones independientes a la afectación a derechos. El debate teórico que encontró se sintetiza en la legitimidad constitucional de las medidas que, si bien implican la reducción de las garantías de los trabajadores, se encontraron para lograr el fin de promover el empleo de quienes no lo tienen o están en situación e informalidad (ampliar la jornada diurna hasta las 10 pm, reducir los recargos en festivos e introducir la jornada laboral flexible). La sentencia reconoce la complejidad de analizar la constitucionalidad de las normas laborales que subrogan normativa que afecta, de alguna medida, provisiones que resultan de particular importancia para sectores desfavorecidos de la población.

Para fundamentar su decisión de constitucionalidad, la Corte recurre a la diferencia doctrinaria y jurisprudencialmente bien establecida, entre una mera expectativa y un derecho adquirido, el cual tiene protección constitucional según el artículo 58, por lo que no puede ser desconocido por leyes ulteriores. El Legislativo puede modificar regulaciones abstractas aunque afecten a alguna persona que no podrá cumplir las expectativas que tenía de obtener algún día un derecho,⁷²⁷ pero no puede afectar un derecho adquirido, el cual se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho.⁷²⁸ La ampliación de la jornada

⁷²⁶ La Corte reconoce en la sentencia que producto de la deliberación motivada por las razones que fundamentaban el proyecto, se suscribió finalmente una de las dos posibles perspectivas económicas, la ortodoxa y neoclásica, conforme a la cual una de las razones del alto desempleo reside en la rigidez y los altos costos laborales, que impiden que exista un ajuste del mercado laboral vía reducción del salario. Esta perspectiva encuentra oposición por quienes sostienen que no hay evidencia teórica o empírica de que la flexibilización del mercado laboral logre realmente un aumento considerable del empleo. Por el contrario, desde la perspectiva keynesiana se sostiene que el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva, por lo cual una flexibilización del empleo disminuyendo el salario no aumenta el trabajo, sino que incluso puede implicar un agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores reduce la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo. Sentencia C-038 de 2004, fundamento 31.

⁷²⁷ Así lo ha regulado, entre otras, en las sentencias: C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997 y C-781 de 2003.

⁷²⁸ Sentencia C-478 de 1998.

laboral ordinaria y la reducción del porcentaje de pago por el trabajo dominical o festivo son expectativas en lugar de derechos adquiridos. Explícitamente dijo la Corte que las expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral.

La justificación de la ampliación de la jornada diurna eliminando el recargo por trabajo nocturno se basó en la estimulación de una mayor ocupación laboral en las empresas comerciales y de servicios. La justificación de reducir los recargos en festivos tiene el propósito similar de permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo. La jornada laboral flexible permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.⁷²⁹

Un problema jurídico de profunda implicación teórica surge al examinar la perspectiva con la cual se observa la controversia que involucra el caso. ¿La Corte puede evaluar la idoneidad y la necesidad de la fórmula que encontró el gobierno y fue debidamente avalada por el Congreso, para aumentar el empleo y contribuir así con el desarrollo económico estatal, si aún entre los especialistas en la materia hay grandes polémicas sobre las causas del desempleo y las formas de enfrentarlo? La Corte es consciente de que no debe mediar en las discusiones cuando no hay una flagrante afectación de derechos y se ha desarrollado la deliberación necesaria tendiente a establecer los pros y contras de la medida, entre el gobierno, la bancada mayoritaria y los partidos de oposición.

Dice la sentencia:

frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre

⁷²⁹ Sentencia C-038 de 2004. En estudios técnicos de la dirección social del Departamento Nacional de Planeación se basó la cuantificación de la contribución de las medidas adoptadas al aumento del empleo. Así, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en festivos debería generar 52,600 empleos al año y la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78,900 empleos.

empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques.

La jurisprudencia constitucional ha asimilado las regulaciones laborales a las normas que se profieren cuando el Estado interviene en la economía. En estas materias, por tanto, así como también en las tributarias, la Corte dispensa al Congreso la más alta discrecionalidad. Esto tiene dos implicaciones: la libertad de configuración legislativa está restringida por los principios constitucionales pertinentes, en este caso en la normativa iusfundamental sobre el trabajo, y el grado de intensidad del examen constitucional no puede ser alto. Si bien la Corte comparte expresamente con el accionante que los artículos impugnados son menos favorables a los trabajadores respecto de los que fueron subrogados, no encuentra en este hecho fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la medida. Las reformas laborales que tienen efectos negativos deben contar con una justificación suficiente de que fueron debidamente analizadas en sus consecuencias para fundamentar que son medidas proporcionadas respecto de los bienes constitucionales que afectan para alcanzar un importante propósito constitucional.

Al criterio deliberativo se articula entonces la flexibilidad del control constitucional cuando se trata de medidas tomadas en el seno del debate democrático, por lo que excepto allí donde las medidas que afectan derechos no tengan un fin constitucional o sean palmaríamente irrazonables, la Corte cede en sus eventuales consideraciones de política económica para aceptar los argumentos económicos adoptados por el Congreso. La sentencia C-038 de 2004 no examina las razones que justificaron las medidas adoptadas por el legislador, las cuales resultan regresivas respecto de la protección laboral, si bien respecto de expectativas y no de derechos. Se examinó la norma en su constitucionalidad a partir del principio de proporcionalidad, como la Corte ha hecho en otras ocasiones en las cuales las medidas tomadas por el legislativo se declararon inconstitucionales porque, si bien procuraban alcanzar un fin legítimo y eran idóneas para lograrlo, eran o bien innecesarias porque había otro medio disponible igualmente idóneo y menos lesivo con el principio al que se enfrentaba, o bien desproporcionada en su afectación a derechos y principios, a pesar de aquellos que procuraba alcanzar. En este caso es clara la constitucionalidad de los fines que se procuran alcanzar con la medida. Los medios establecidos con esta reforma al código laboral para alcanzar los referidos fines, son: la modificación de la ampliación del trabajo diurno, la disminución de la remuneración al trabajo dominical y de la in-

demnización por terminación del contrato laboral sin justa causa, así como la implementación de una jornada laboral flexible.

Está ordenado que en materia de intervención del Estado en la economía, el control constitucional sea deferente con el medio elegido por los organismos democráticos para alcanzar determinados fines, excepto si se prueba la inconstitucionalidad de los fines, una afectación cierta de derechos o que el trámite parlamentario adoleció de elusión deliberativa.

Si bien las reformas laborales son concebidas como materia de intervención del Estado en la economía y el control constitucional en esta materia ha sido establecido como de menor intensidad, tratándose de reformas sobre las que haya indicios fundados de que tendrán efectos regresivos en algún derecho social, surge otra subregla:

Está ordenado que las medidas de política económica que implican un retroceso en derechos sociales tengan un estricto control constitucional donde se verifique que la medida tomada se basó en un estudio cuidadoso, que el Congreso analizó otras alternativas, pero demostró que no había otra igualmente idónea que resultara menos lesiva con el derecho social afectado, y que la importancia de lograr los objetivos establecidos en la medida es ponderada con el retroceso en el derecho social.

V. OPORTUNIDAD DE DELIBERACIÓN EN LUGAR DE DEBATE CUALIFICADO

La doctrina sobre elusión deliberativa no hace referencia a la falta de un debate cualificado o al respeto de algún principio sustantivo acerca del tipo o el contenido de las deliberaciones. Ha dicho la jurisprudencia que no es constitucionalmente necesario, para honrar los principios amparados por las reglas procedimentales, que haya una deliberación efectiva en todas las sesiones de debate durante el trámite parlamentario en la cual se realice un determinado número de intervenciones a favor o en contra del proyecto.⁷³⁰ Lo que se resguarda es la esencia del debate, que consiste en la prohibición de eludir u omitir la oportunidad de participación que tienen todos los congresistas u otros intervenientes en el proceso legislativo, así como a la vulneración de los principios constitucionales y aquellos consagrados por el Reglamento del Congreso relativos al ideal deliberativo, tales como la publicitación del proyecto y al periodo que debe haber entre debates,⁷³¹ ambos requisitos para

⁷³⁰ Sentencia C-668 de 2004.

⁷³¹ El objetivo del lapso entre debates es en últimas la garantía del principio democrático para que la decisión no provenga de un impulso irreflexivo sino de la persuasión racional.

que los congresistas sepan sobre qué trata el proyecto y cuál fue el articulado aprobado en primer debate para prepararse para los siguientes.⁷³²

Lo que se debe probar ante el cargo de elusión deliberativa es entonces la omisión de alguno de los requisitos formales relacionados con el trámite, que haya habido discriminación en contra de alguna minoría política o de la oposición al momento de intervenir, que se hayan afectado los principios de consecutividad e identidad, que se haya negado arbitrariamente el uso de la palabra a algún congresista u otro legitimado para intervenir, o que se haya omitido la apertura formal de la deliberación. Si se procede a abrir la sesión de votación sin que se haya abierto la de deliberación, acaece un vicio de inconstitucionalidad, por ejemplo. La Corte no exige al Congreso una manera específica de desarrollar la deliberación. El precedente, tal como se ha desarrollado conforme a las sentencias tomadas en la materia, es sobre oportunidad de deliberación en la sesión de debate parlamentario.

La Corte interpretó el artículo 94 de la Ley 5a. de 1992 en el sentido de que la expresión “sometimiento a discusión” en la definición de “debate” no significa deliberación efectiva, sino oportunidad libre de intervención regulada sólo por normas que establezca el presidente, tal como la duración en el uso de la palabra.⁷³³ Si una norma se somete a discusión y la comisión o plenaria la vota sin que hubiera ocurrido la deliberación, no acontece elusión deliberativa, y por lo tanto no se configura un vicio de inconstitucionalidad. No puede la Corte establecer el criterio constitucional de realización efectiva de la deliberación, porque un consenso puede surgir en un momento determinado y se vota luego de abierta y cerrada la sesión de debate sin deliberación, sin que ello implique ocurrencia de un vicio insubsanable. La Corte protege que se garanticen las normas constitucionales y orgánicas que regulan el trámite legislativo para que haya oportunidad de deliberar y, de esta forma, resguarda el requisito mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria exigido por la normativa orgánica y constitucional.⁷³⁴

Esta omisión genera un vicio que se debe analizar en el examen constitucional porque vulnera el artículo 157 constitucional y las normas iusfundamentales que establece la Constitución, referentes, principalmente, al

En sentencia C-203 de 1995 la Corte precisó que incurrir en el vicio de no respetar el lapso entre debates no implica la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida, si es posible repetir el segundo toda vez que para los proyectos de ley no se exige su aprobación dentro de una sola legislatura.

⁷³² Tal como lo preceptúa por el artículo 157 constitucional y las normas correspondientes de la ley 5a. de 1992.

⁷³³ Sentencia C-714 de 2006.

⁷³⁴ Sentencia C-760 de 2001. APV de Rodrigo Uprimny a la sentencia C-669 de 2004.

principio democrático,⁷³⁵ al principio de democracia participativa⁷³⁶ y a la protección a las minorías.⁷³⁷ El grado de vulneración a estos principios es directamente proporcional al nivel de intensidad del control constitucional a partir de la subregla de elusión deliberativa. Ahora bien, durante el trámite pueden surgir vicios en la formación del proyecto sujeto a control constitucional previo o por demanda de acción pública de inconstitucionalidad, los cuales pueden ser de naturaleza formal o material. Los primeros pueden subsanarse mediante la remisión que del mismo hace la Corte al Congreso, o a la autoridad que lo profirió, para que enmiende el defecto observado. Una vez enmendado, la Corte procede a decidir sobre la exequibilidad del acto.⁷³⁸ Este control formal tiene el objetivo de permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes conocieron los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear ante la Corte las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tengan como consecuencia su inconstitucionalidad. Los segundos no, porque conllevan la inconstitucionalidad de la medida.⁷³⁹ La vulneración de las garantías constitucionales constituye, conforme al artículo 50. de la ley 5a. de 1992, “Reglamento del Congreso”, uno de los vicios procedimentales insubsanables en tanto se trata de uno de los vicios materiales.⁷⁴⁰

De esta forma, en sentencia C-473 de 2004 se declaró constitucional la ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. La demanda argüía que se habían vulnerado varios artículos constitucionales,⁷⁴¹ porque no se había cumplido con las formalidades del procedimiento, toda vez que se aceptó y votó una proposición sin suficiente ilustración. Aunque no hayan intervenido todos los congresistas previamen-

⁷³⁵ Consagrado en los artículos 1o. 3o. constitucionales. Véase al respecto sentencia C-089 de 1994.

⁷³⁶ El preámbulo determina que uno de los fines esenciales del Estado es asegurar “la igualdad, libertad y la paz dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”.

⁷³⁷ Este principio deriva el carácter pluralista del Estado colombiano (artículo 1o. constitucional).

⁷³⁸ Artículo 241 constitucional. La sentencia C-737 de 2001 se refiere, igualmente, al tema, aduciendo que éste se configura cuando tales vicios recaen o afectan los elementos esenciales de la ley.

⁷³⁹ Sentencia C-614 de 2002.

⁷⁴⁰ Los vicios de forma son aquellas irregularidades en que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley. La forma es el modo de proceder de una cosa, la manera como se hace; es un concepto que en el ámbito jurídico remite a los requisitos externos de expresión de los actos jurídicos, a las cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia. Por esta razón, los vicios en la formación de la ley se circunscriben a la manera como fueron debatidas, aprobadas y promulgadas las disposiciones legales. Sentencia C-501 de 2001.

⁷⁴¹ Artículos 150 núm. 3, 151, 157, 160, 339, 341 y 342 constitucionales.

te inscritos, no se violan las reglas sobre debate parlamentario si la deliberación se ha prologando por varias horas y el presidente de la corporación tiene razones fundadas para declarar la suficiente ilustración.

La Corte reconoce que no hay fundamento legal ni constitucional para exigir que las distintas posiciones deliberen bajo determinadas condiciones sustantivas, algún grado de profundidad con el cual se deban analizar los proyectos sometidos a consideración del Congreso ni la satisfacción de parámetros materiales para medir su suficiencia.⁷⁴² El margen de acción del Legislativo y el respeto a su autonomía, así como la garantía al principio del pluralismo, restringen la intensidad del examen que realiza la Corte. La subregla sobre elusión deliberativa es clara en tanto la razón de ser de la normativa reglamentaria y constitucional relativa al trámite parlamentario es determinar las condiciones para garantizar la posibilidad de existencia de un debate democrático.

La precisión acerca de la configuración del margen de acción que la Corte le ha establecido al Congreso en lo relativo a la conducción del trámite legislativo se esclarece en una sentencia importante, en la cual la fundamentación deliberativa sirvió no para declarar una inconstitucionalidad por elusión de debate, sino para avalar la constitucionalidad de determinadas normas. La sentencia que declaró constitucional un artículo de la reforma laboral que presentó el gobierno Uribe al Congreso, C-038 de 2004, es polémico, pero su argumentación es interesante tanto desde el principio de libre configuración legislativa como desde la potestad del Congreso para tomar las principales decisiones nacionales y el criterio de no elusión deliberativa que permitió verificar en el análisis constitucional posterior que en el Congreso no se omitió la consideración de los efectos de la medida sobre comunidades vulnerables ni se restringió la libre oportunidad de participación de todas las fuerzas políticas.

En las sesiones de debate del trámite parlamentario de la medida se deliberó acerca de la necesidad de disminuir las garantías a los trabajadores porque generaban rigideces en el mercado laboral, que son las que, en últimas, explican la magnitud del desempleo, por lo que al reducir las garantías laborales de quienes están empleados en la actualidad se va a aumentar el empleo, y, de esta forma, se trataría de una restricción justificada. A nivel técnico se deliberó suficientemente sobre la posición oficial defendida por el gobierno y por su bancada en el Congreso. Por otro lado se sostuvo que ese planteamiento es equivocado, porque el problema del déficit de empleo en Colombia no es de tipo neoclásico por costos laborales excesivos, sino

⁷⁴² Sentencia C-473 de 2004.

que es un déficit más de tipo keynesiano, por falta de demanda agregada. Por lo tanto, la norma iba, al contrario de lo que sostenían sus defensores, antes que a mejorar el problema del desempleo, a agravarlo.

Cuando acontece un caso en el cual surge una disputa que enfrenta legítimamente a los especialistas en la disciplina desde concepciones y fundamentos que fueron presentados y controvertidos con suficiencia en las sesiones de debate, la Corte, en lugar de tomar postura por uno u otro lado de la controversia, debe asegurar el respeto al principio democrático, la inclusión deliberativa de todos los facultados para intervenir en el debate y el control a las restricciones indebidas e injustificadas en derechos fundamentales, sobre todo si se trata de derechos de minorías. Tiene que verificar la fuerza deliberativa en el caso concreto; es decir, que se haya deliberado explícita, razonable y suficientemente sobre los puntos problemáticos de la medida. La Corte la declaró exequible, entre otros argumentos, porque verificó el acaecimiento del debate cualificado en el Congreso, en virtud del cual no sólo las mayorías, sino incluso, y particularmente, las minorías intervinieron en igualdad de condiciones y tuvieron la oportunidad de contribuir a la configuración de la medida al argumentar frente a quienes lideraban la propuesta acerca de sus potenciales efectos perjudiciales.

La Corte procede entonces adecuadamente sin zanjar con un fallo una discusión compleja, en este caso de economía pública. Por falta de clarividencia no puede ser juzgado un tribunal, ya que efectivamente, como sostenían los críticos, la medida no tuvo los efectos esperados en términos de estímulo al empleo. A partir del margen de acción configurado para el Congreso en el trámite de los proyectos y del concepto procedimental de democracia deliberativa, se concibe como adecuado el proceder de la Corte en este caso. A partir de este fallo se puede deducir que para la Corte la deliberación acentuada puede justificar constitucionalmente la restricción de derechos. En casos como este la Corte afirma que un debate acentuado puede permitir hacer cosas que un debate mínimo no. Si una medida va a limitar o restringir un derecho o una garantía, su votación debe al menos estar precedida por una amplia discusión cualificada.

Lo que debió haber hecho, en lo que se constituye una crítica al precedente sentado, es no declarar la cosa juzgada permanente, en este, así como en otros casos en los cuales las medidas que restringen derechos están fundamentadas en una de varias teorías económicas posibles. En efecto, si en un tiempo prudencial se verifica que la norma no alcanzó razonablemente el fin propuesto con el medio elegido, cuyos efectos negativos sobre los derechos o sobre las expectativas de las personas sí se comprobaron, se debe declarar inconstitucional. Por muy constitucional que sean los fines que se

pretenden alcanzar, la norma se torna palmariamente irrazonable si el medio elegido para conseguirlos no lo hace, pero sí afecta derechos; es decir, no tiene los efectos positivos esperados, pero sí tiene efectos negativos previstos. En casos difíciles, entonces cuando gracias a la deliberación cualificada se determina que aquello que permite considerar proporcional la restricción de derechos es el impacto positivo de una medida legislativa, se debería declarar que la cosa juzgada no es permanente, sino hasta cuando dicho impacto se verifique.⁷⁴³

Está ordenado al Congreso que, en atención a las normas reglamentarias y constitucionales, otorgue la oportunidad efectiva de participación de todos los facultados para hacerlo en igualdad de condiciones y restringiendo la libertad de deliberar sólo por garantizar su buen desarrollo.

Se deberán resguardar los derechos de igual participación de las minorías potencialmente afectadas por la decisión, bajo la pena de que se origine un vicio formal insubsanable de inconstitucionalidad por elusión deliberativa.

⁷⁴³ En este caso la reforma laboral demostró que, efectivamente, no tuvo los efectos esperados en términos de estímulo a la creación de empleo. Cuando fue demandada varios años después porque no cumplió el fin que en principio justificó la restricción en garantías laborales, la Corte resolvió que subsistía el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional.

CONCLUSIONES GENERALES

I. NEOCONSTITUCIONALISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

El constitucionalismo operó históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Enfatizaba la dimensión de límite al poder⁷⁴⁴ y concebía que la única protección demandada al Estado era por derechos de defensa y de libertad, toda vez que debía velar fundamentalmente por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general. La consolidación del Estado constitucional luego de la segunda posguerra y la implementación en América Latina de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho constituye una aproximación de las perspectivas dirigente y garantista del constitucionalismo.⁷⁴⁵ Este hecho se conceptualizó como el resurgimiento revitalizado del constitucionalismo en América Latina. De la primera perspectiva se retoma la fuerza normativa de la Constitución, en virtud de la cual sus provisiones ostentan el carácter vinculante de las normas jurídicas, pero concibe que se trata de meros enunciados programáticos que exhortan al poder político para lograr su realización. Si bien reconoce que la Constitución consagra, además de normas orgánicas, un programa de actuación prospectivo, encarga su realización enteramente a los poderes Ejecutivo y Legislativo. La segunda se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que, en general, se propone superar el estado de cosas existente mediante la intervención de los tres poderes en la garantía de la normativa dogmática. Las Constituciones requieren ahora entonces una particular garantía jurisdiccional para que la normativa, al erigir criterios efectivos de constitucionalidad, no se reduzca a una consagración programática, sino que en efecto oriente una determinada forma de desarrollar legislativamente el derecho.

⁷⁴⁴ Matteucci, Nicola *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998; Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.

⁷⁴⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 130.

Producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra y su influjo en América Latina, el neoconstitucionalismo designa la instauración de una serie de posiciones afines en su aproximación al derecho que se pueden reunir en tres categorías, a saber; la Constitución, los derechos y el Poder Judicial y la jurisprudencia. Los cambios institucionales han implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas del Estado de derecho decimonónico. La tarea de legitimación política que se debe cumplir en el Estado constitucional conduce a que también el neoconstitucionalismo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina no sólo descriptiva, sino también justificatoria del nuevo modelo jurídico-político. Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídica. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos como los integrados por los países latinoamericanos, donde hay un profundo descontento por las situaciones del presente de las sociedades en general, por lo cual el surgimiento del neoconstitucionalismo en América Latina ha estado enmarcado por situaciones en las cuales la inconformidad con el presente hace que las nuevas Constituciones se concibran como parte importante de los medios para lograr el objetivo de conseguir un futuro mejor.

El neoconstitucionalismo se presenta como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al Estado constitucional a partir de los lineamientos sentados en Alemania e Italia luego de la segunda posguerra. Esto acredita el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que caracterizó el constitucionalismo histórico. La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo histórico, se puede concebir como una forma sustantivada de constitucionalismo.

Mientras que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera mínima de derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología,

metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Desde la segunda posguerra se han venido estableciendo dos maneras de configuración jurídica. Por una parte, la creación de normas por parte del Congreso, que si bien conserva márgenes amplios de acción, debe acatar los estándares constitucionales que fija la jurisprudencia y, crecientemente, el derecho internacional —por ejemplo, a nivel de la protección a los derechos humanos—. Por otra parte, en la solución de casos particulares donde las cortes interpretan y concretan las disposiciones constitucionales, se crean progresivamente líneas jurisprudenciales a partir de las razones de las decisiones sobre cuestiones determinadas y, así, se consolidan precedentes que constitucionalizan el derecho y contribuyen judicialmente a su creación y desarrollo. Desde las líneas jurisprudenciales se establecen subreglas, que son las que en últimas han desmonopolizado la creación legislativa del derecho. La *ratio* de cada sentencia constituye un precedente que adquiere, por su reiteración, efectos como aquellos propios del derecho legislado. En este proceso hay un “supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria” que se ha establecido como un estándar de constitucionalidad que la Corte ha creado a partir de numerosas sentencias.

La paulatina implementación de democracias constitucionales en países por cuyo descontento con la realidad social se promulgaron Constituciones aspiracionales se refleja también en la adopción de una posición política conforme a la cual uno de los principales criterios para determinar la legitimidad del poder estatal es la elevación de la pretensión de garantizar el respeto de los derechos y posibilitar su ejercicio. En contextos de disociación entre la normativa constitucional garantista y el contexto social estructuralmente desigual y deficitario en la protección de derechos, los órganos del Estado tienen la obligación de mejorar las situaciones de igualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más desfavorecidos.

El enfoque neoconstitucional de alcance particular que enmarca esta investigación permite reconstruir en tres categorías el significado y los elementos medulares del neoconstitucionalismo trascultural. Pero sobre todo permitió analizar el principal cometido del paradigma neoconstitucional, que no es formular una nueva teoría o reconfigurar aspectos de las existentes para que los profesores tengan nuevo material de clase ni para que los especialistas tengan nuevos pretextos para discutir, sino contribuir en la fundamentación de la práctica de la aplicación de los derechos y principios constitucionales para avanzar en la realización de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho. El modelo democrático necesario para la realización de esta fórmula es el deliberativo, en su principal versión,

que es la procedural-constitucional, porque es la única que garantiza un amplio margen decisorio al Congreso, pero al tiempo establece condiciones que dotan de racionalidad discursiva los procedimientos parlamentarios, la cual resulta esencial para que el desarrollo legislativo de la Constitución no sólo sea garantista sino también estable y duradero.

Este enfoque neoconstitucional permite repensar el paradigma neoconstitucional trascnacional a la luz de problemas constitucionales concretos, relacionados con la implementación de normativa progresista incluida en la Constitución. En lugar de establecer en sus estándares la obligatoriedad de alcanzar fines sustantivos determinados, la Corte ha concebido a la política deliberativa, en expresión de Habermas, como un concepto procedural de democracia. Cuando se han violado principios constitucionales sustantivos como los derechos de las minorías a intervenir en igualdad de condiciones que las bancadas políticas mayoritarias, la Corte ha seguido la subregla no por la violación sustantiva del contenido de la norma aprobada, sino por la afectación del procedimiento que condujo a ella. Define con claridad las razones por las cuales es necesaria la etapa del debate y el normal desarrollo de la deliberación para salvaguardar las reglas establecidas en el Reglamento del Congreso, que a su vez amparan principios constitucionales.

Los modelos de la justificación en la democracia deliberativa, en lugar de limitarse al ideal de razón pública, reconocen el papel de las condiciones sociales y las limitaciones de la democracia en las prácticas deliberativas. Uno de los modelos deliberativos más influyentes sustenta la necesidad de incorporar principios de naturaleza moral en los aspectos epistémicos de la deliberación. Esta sería la manera de propender por la realización de los fines morales en el proceso de toma de decisiones, sin desconocer el hecho político con sus particulares vicisitudes. Si bien muchos abogan por que el Poder Judicial omita su intervención en muchas materias objeto de examen constitucional, el contexto actual parecería más bien exigir un papel activista de los jueces en la implementación de remedios que solucionen violaciones de derechos. La débil conexión entre la sociedad y las instancias de decisión política, así como la inestabilidad de los partidos políticos, hacen que las Cortes deban intervenir proactivamente para colaborar en la realización del fin estatal más importante, cual es la realización de los derechos. Precisamente la alegada colisión de competencias por el activismo judicial no se presenta en realidad por la falta de ejercicio de la competencia del Legislativo en muchas materias. Este activismo adquiere legitimidad en la medida en que se protejan y amplíen espacios de deliberación democrática.

II. REALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO E IMPLEMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

El contexto jurídico-político colombiano muestra una de las formas como puede darse una relación necesaria entre el principal cometido del neoconstitucionalismo, cual es la realización de la fórmula del Estado social de derecho, y la implementación de un sistema de democracia deliberativa. Los elementos medulares del neoconstitucionalismo reivindican la concepción democrática deliberativa también, porque los principios de naturaleza moral consagrados en la Constitución encuentran sobre todo en el modelo deliberativo la forma para orientar debidamente la acción política; por ejemplo, respecto del ideal constitucional de la igualdad. Una discusión parlamentaria, o en cualquier escenario, es realmente una deliberación si todos tienen igual oportunidad para intervenir, si el desarrollo del debate no sufre manipulaciones o presiones indebidas por parte de quienes tienen más poder, y si nada de lo no deliberado suficientemente se integra luego como parte de la decisión, afectando así el consenso al que se llegó con la intervención de todos. Una persona, grupo político o “facción” no puede tener opción de dominar el curso de la deliberación parlamentaria ni de imponer resultados determinados. Una decisión proveniente de tal proceso carecería de legitimidad política.

La democracia deliberativa es un modelo normativo precisamente por su inescindible articulación con los derechos fundamentales. En contra de posturas realistas de la democracia que no avanzan en una prescripción normativa por enfatizar la descripción fáctica de las instituciones y los procedimientos democráticos, la democracia deliberativa no describe cómo “son” las cosas en realidad, sino que prescribe cómo “deben ser”. Filósofos políticos, polítólogos y juristas han sostenido en los últimos años que la mejor forma de gobierno es aquella regida por la deliberación pública, pues cuando las leyes y las políticas públicas son el resultado de deliberaciones en las cuales se dispone un espacio para exponer iniciativas y las razones para adoptarlas, aumenta la posibilidad de alcanzar el consenso y también de que se reduzca el alcance de los desacuerdos.

Si bien la democracia deliberativa defiende un ideal que ha tomado distintas perspectivas con los años, desde el acuño del concepto en 1980, se observa un grupo de elementos afines a los distintos modelos. En la arena política las decisiones que se tomen deben contar con un grado de legitimidad tal que cualquier persona tenga los elementos para aceptar o al menos para no rechazar razonablemente. Toda concepción dentro del modelo deliberativo está organizada respecto del ideal de la justificación política; por

lo tanto, las justificaciones que se otorguen en sustento de una u otra propuesta exigen que los ciudadanos trasciendan no sólo sus intereses egoístas, sino también sus cosmovisiones particulares del mundo y del buen vivir. La orientación pública de las preferencias cuenta con mayores recursos demostrativos respecto de la mejoría de las decisiones políticas por sobre los resultados del método agregativo defendido por las concepciones elitistas o populistas de la democracia.

El procedimiento debido de toma de decisiones, incluso más que su mismo resultado, es lo que legitima el consenso al que se llegue. Las leyes y políticas creadas y configuradas en escenarios deliberativos tendrán por tanto mayor probabilidad de ser aceptadas por la ciudadanía. En consecuencia, se aseguraría la legitimidad del gobierno democrático. No sólo se alcanza mayor legitimidad, sino también mayor eficacia en la aplicación de las normas mediante el modelo deliberativo. El autointérés egoísta o el prejuicio social pueden afectar las decisiones políticas, pero también la falta de información o los errores fácticos y lógicos, los cuales se pueden corregir mediante la ejecución de mecanismos que aumenten la participación y, así, contribuyan con la mejoría del proceso de toma de decisiones. El conocimiento del interés ajeno tiende a robustecer la formación del consenso. La imparcialidad se favorece con la deliberación, porque fuerza a que determinados planteamientos sean eliminados o modificados para que sean aceptables por los demás. Al tener que presentar y defender públicamente los argumentos en sustento de una medida, los mecanismos participativos por los que propende una concepción deliberativa constriñen a intercambiar argumentos, escuchar otras razones, morigerar posiciones y ajustar perspectivas para conseguir una decisión consensuada. Los ciudadanos desarrollan un sentido de commiseración, por lo que la implantación de un modelo deliberativo puede contribuir a que aumente la solidaridad social. La realización de audiencias en la Corte Constitucional y la consulta previa a las comunidades indígenas y étnicas minoritarias en los casos en los cuales podrán resultar eventualmente afectadas, por ejemplo, son elementos por los cuales se puede afirmar que el constitucionalismo colombiano adoptó un modelo deliberativo de democracia, toda vez que exige contar con participación durante la configuración de la medida y establece mecanismos para regular dicha participación.

El procedimiento legislativo es producto de reglas diseñadas para maximizar el valor de la democracia como método para alcanzar decisiones colectivas en contextos de desacuerdo.⁷⁴⁶ La incorporación de los principios deliberativos en este procedimiento eleva las posibilidades de alcanzar la

⁷⁴⁶ Sentencia C-141 de 2010. Este criterio lo establece la corte con base expresamente en *La Constitución de la democracia deliberativa*, de Carlos S. Nino.

imparcialidad en las decisiones políticas, así como de respetar la oposición, honrar el control político y propender hacia la representación de amplios sectores sociales. La obligación constitucional de los congresistas de trascender sus intereses y los de sus electores para considerar el interés general es una exigencia de la democracia deliberativa teniendo en cuenta que deberán actuar consultando la justicia y el bien común.⁷⁴⁷

La deliberación en la democracia propicia un espacio para que las posiciones individuales se articulen con las generales en pro de los derechos en juego. En este sentido, la Corte Constitucional ha incorporado en su jurisprudencia los principios más importantes del ideal deliberativo, pero sobre todo lo ha estructurado como un ideal regulativo para que, en atención al déficit que presenta el sistema democrático colombiano, el procedimiento legislativo conduzca a mejores decisiones. El modelo deliberativo, en tanto ideal regulativo, complementa la noción de democracia representativa y exige la consideración legislativa del principio de igualdad para que se otorgue igual consideración a las distintas perspectivas, preferencias y cosmovisiones de quienes intervienen en la deliberación.

El modelo deliberativo complementa igualmente el principio agregativo de la democracia representativa y los principios de la democracia liberal, con los valores de la democracia constitucional en tanto configuradores del procedimiento para la toma de decisiones en la arena política de una sociedad caracterizada por el hecho de un pluralismo razonable.⁷⁴⁸ Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de los casos difíciles, razón por la cual la Corte no sólo controla el desarrollo de las sesiones de debate en el Congreso, sino también propicia espacios de discusión cuando realiza audiencias públicas, previas o posteriores al fallo, o cuando solicita que personas o instituciones especializadas profieran concepto sobre un determinado caso.

La democracia deliberativa, en su aporte a la construcción de estándares de constitucionalidad, es uno de los modelos políticos que hacen parte del paradigma neoconstitucional, por lo cual al propender por el primero se contribuye a realizar el segundo. Debido a que el concepto de democracia deliberativa conforme ha sido defendido por varios autores y ha sido

⁷⁴⁷ Artículo 133 constitucional. Sentencia C-668 de 2004. S.V. de Rodrigo Uprimny.

⁷⁴⁸ Es decir, el hecho de que una pluralidad de doctrinas comprehensivas, razonables pero conflictivas, del orden religioso, filosófico, político y moral, es un resultado normal de la cultura en el marco de instituciones libres. Rawls, John, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 131 y ss.

receptado en algunos de sus elementos medulares por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, vincula sobre todo un ideal regulativo a partir de la normativa principalista constitucional, ha articulado los reclamos del procedimentalismo con aquellos de versiones sustantivas acerca de los ideales morales que constituyen los resultados del consenso.

La sustantividad propia del lenguaje moral con el cual se redactaron los principios de la Constitución, así como las reglas que se establecieron posteriormente para protegerlos, hacen que en la configuración local de la democracia deliberativa se haya omitido la discusión procedimental-sustantiva que configuró el inicio del modelo deliberativo de la democracia. Alguna de las reglas del procedimiento legislativo que resulte vulnerada en un caso concreto acarrea la inconstitucionalidad de la medida solo si se comprueba la afectación del principio que resguarda. El criterio jurisprudencial es que la observancia de las normas reglamentarias del trámite legislativo no es un fin en sí mismo, debido sobre todo a la primacía de lo sustancial sobre lo formal. En este sentido, se declararon conforme a la Constitución distintas leyes que, si bien habían incumplido requisitos formales, se probó que no se habían violentado principios. En uno de los casos, por ejemplo, si bien hubo un error en la *Gaceta del Congreso* sobre la fecha de la sesión en la cual se aprobó un proyecto de ley, se estableció que a pesar de lo argumentado en la acción pública de inconstitucionalidad fue un error irrelevante. Publicar una fecha incorrectamente configura un vicio insubsanable solo si compromete algún principio constitucional, dijo la Corte. La legitimidad del derecho depende de la naturaleza democrática del procedimiento legislativo, que es, en últimas, el que posibilita el consenso. Una concepción procedural de la justificación política puede respaldar tanto la mejoría moral y epistémica de la deliberación democrática, a la vez que se toma en consideración el pluralismo.⁷⁴⁹

En este contexto se puede afirmar que el constitucionalismo colombiano adopta un modelo deliberativo de democracia desde dos perspectivas: el diseño orgánico, debido a la consagración constitucional de principios defendidos desde uno de los planteamientos centrales del modelo, y a la concepción de los principios como esenciales en el proceso político de formación de la voluntad legislativa; y la configuración jurisprudencial, toda vez que se ha establecido una línea jurisprudencial que incorpora los elementos medulares de la doctrina deliberativa para estructurar los criterios relacionados con la forma como se deben realizar los debates parlamentarios. Se

⁷⁴⁹ Habermas, Jürgen, “Soberanía popular como procedimiento”, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

ha tomado cada vez mayor conciencia de que el principio de mayorías no lo resuelve todo en una democracia constitucional.

Desde el proceso de cambio constitucional en 1990 los principios cardinales de la democracia deliberativa han orientado la configuración del ordenamiento constitucional colombiano. Al haber sido la primera ocasión en la que se eligieron funcionarios públicos por circunscripción nacional para redactar una nueva Constitución, y debido también a los acontecimientos de naturaleza económica, jurídica, política y social que antecedieron la votación y las deliberaciones de la Asamblea, la ideología pluralista y, por lo tanto, la tolerancia y la inclusión, fueron valores que se reivindicaron permanentemente y dotaron de amplia representatividad al resultado de las deliberaciones; es decir, a la Constitución.

No sólo la consagración en la Constitución de normas iusfundamentales y principios, sino sobre todo el desarrollo jurisprudencial que ha interpretado y concretado tal normativa sustantiva y reglamentaria en sentencias, ha establecido una serie de estándares para el desarrollo legislativo de conformidad con los mandatos constitucionales. La jurisprudencia constitucional ha reafirmado la aspiración institucional plasmada en 1991 de que los procesos de toma de decisiones en el escenario público estén regidos por un modelo deliberativo de democracia que complemente los principios representativos con los participativos en el marco de una Constitución que es, al tiempo, normativa, porque establece límites y vínculos a los poderes públicos; valorativa, porque consagra principios y valores; e ideológica, porque tras de sus provisiones de naturaleza moral hay una ideología liberal que estableció como máxima de realización, tanto el modelo ideológico del Estado social de derecho como el principio del goce efectivo de los derechos. Debido a lo complejas que son las sociedades contemporáneas, no resulta viable contar con modelos directos de democracia, por lo cual la aspiración por un modelo deliberativo comporta que los representantes del pueblo ante las instancias de decisión política puedan “perfeccionar y extender” o “filtrar” la voz pública, como expresó Madison.

III. PRESUPUESTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR ELUSIÓN DELIBERATIVA

El sentido de las disposiciones constitucionales y reglamentarias sobre el trámite parlamentario para la formación de leyes y actos legislativos es procurar que las normas que nacen al ordenamiento y las que modifican las existentes sean producto de una decisión mayoritaria adoptada luego de una delibera-

ción democrática en la cual se han respetado los derechos de igual participación de las minorías, así como los principios de transparencia y publicidad.⁷⁵⁰ La deliberación en el Congreso no sólo ha de ser amplia y vigorosa, sino también lo más transparente y racional posible.⁷⁵¹ Sólo un procedimiento regido por los principios que reivindica el ideal deliberativo, y que ha incorporado el constitucionalismo colombiano, está en capacidad de producir normas imparciales y con un mayor sentido de justicia respecto de cualquier otro mecanismo.

Los principios de identidad y consecutividad protegen elementos esenciales de la Constitución, como el principio democrático, el de publicidad y el deliberativo. La jurisprudencia ha sido rigurosa en mayor medida al exigir el cumplimiento de las reglas formales para el trámite parlamentario, pero sobre todo la garantía a derechos y principios que amparan a las minorías políticas. En el paradigma neoconstitucional el derecho se ha mostrado como un instrumento contrahegemónico, y así lo ha estructurado la Corte en sus sentencias en este campo. La defensa permanente del precepto constitucional en virtud del cual el fin del Estado es la realización de los derechos, no sólo ha preservado los consensos constitucionales, sino también edificado un estándar para la consideración legítima y verdaderamente democrática de las leyes, y sobre todo de los actos reformatorios constitucionales.

La Corte no sólo ha receptado elementos teóricos defendidos por los partidarios del modelo deliberativo, sino que ha desarrollado los planteamientos constitucionales y reglamentarios relativos al tipo de procedimiento que se debe surtir en el Congreso para que un proyecto se transforme en ley o en acto legislativo. En su lectura del modelo deliberativo ha estructurado una línea jurisprudencial en virtud de la cual hay un poderoso presupuesto de inconstitucionalidad cuando en el examen que adelanta la Corte, por control previo o ante demandas por acción pública, de cualquier medida proveniente del Legislativo, surge un vicio que acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida. En este contexto surgió la doctrina sobre elusión deliberativa, conforme a la cual no puede omitirse, amañarse o simularse la deliberación parlamentaria en general, ni puede vulnerarse la igual oportunidad de participación política, en particular. La doctrina salvaguarda principios caros del constitucionalismo contemporáneo, que en

⁷⁵⁰ El requisito de la publicidad se puede sustituir reproduciendo el documento por cualquier medio mecánico para distribuirlo entre los miembros de la célula legislativa que los va a discutir. Este criterio se estableció en la sentencia C-760 de 2001 y se ha seguido en muchas otras, tales como en las sentencias: C-179 de 2002, C-370 de 2004, C-665 de 2007, C-1039 de 2004, C-168 de 2012 y C-252 de 2012.

⁷⁵¹ Sentencia C-737 de 2001.

Colombia se incorporaron al discurso y la dogmática constitucionales, al consagrarse en la Constitución, al desarrollarse mediante la jurisprudencia y al incorporar al bloque de constitucionalidad, tales como igualdad, dignidad, consulta previa, transparencia, publicidad, razonabilidad y motivación, en tanto elementos esenciales del principio deliberativo en el trámite legislativo. Se acoge el principio democrático que configura un espacio para la formación discursiva de la opinión, y donde los ciudadanos ejercen el derecho a la autodeterminación política.

Con la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa, estructurada desde el inicio de labores de la Corte y hasta importantes sentencias recientes, se regula el debate respecto de su importancia procedural para que se tenga la oportunidad de deliberar suficientemente. Los ideales deliberativos se resguardan mayormente si se ampara la oportunidad efectiva de intervenir, luego de publicitado y estudiado el proyecto respectivo, en igualdad de condiciones y sin restricciones discriminatorias. Aunque la concepción deliberativa de la democracia es normativa y tiene un fuerte contenido prescriptivo, los fines de las sesiones de debate y las deliberaciones que en ellas se desarrollan no son sustantivos. La Corte, en su respeto al margen de acción del Congreso, ha sostenido que su estándar, aunque riguroso, se concentra en la verificación del cumplimiento de las normas que regulan el trámite parlamentario, pero sobre todo de los principios que ellas amparan. Así, las reglas del procedimiento legislativo no tienen razón de ser en sí mismas, sino en los principios que garantizan, tales como la libertad de expresión, la igual consideración de los legitimados para intervenir en la configuración de la medida, la promoción de la participación de las propuestas entre los potencialmente afectados, la exposición de los principios o la evidencia de los intereses que fundamentan las propuestas, la posibilidad de cambiar el proyecto si deliberativamente se alcanza un nuevo consenso e impedir el trámite de iniciativas que restrinjan indebidamente la participación.

La deliberación se debe entender respetada cuando los intervenientes en el trámite de adopción de una norma tuvieron la posibilidad de controvertirla libremente. La Corte debe resguardar que durante el trámite parlamentario de los proyectos se tenga la oportunidad de intervenir en la deliberación, en tanto presupuesto del juego democrático. La autonomía, como se ha sostenido desde Mill, es el fundamento de la legitimidad del poder político. La línea jurisprudencial que han constituido los precedentes en la materia consagra la necesidad de la oportunidad de deliberación parlamentaria y la cual se afinca en una de las justificaciones más profundas de la jurisdicción constitucional, como es la protección de la formación en el Congreso de una voluntad democrática imparcial y reflexiva producto de la

deliberación en las sesiones de debate en pleno cumplimiento de los requerimientos reglamentarios.

Las subreglas que se han consolidado en virtud de la línea jurisprudencial tienen los efectos de una norma jurídica de naturaleza procedural por lo cual han sido usadas en fundamento de decisiones que la vinculen, no sólo por la propia Corte en respaldo de sus precedentes conforme a la tesis optimista del carácter vinculante de la jurisprudencia que se ha suscrito en Colombia, sino también progresivamente por el Congreso acatando los estándares de constitucionalidad respectivos. Se ha reivindicado jurisprudencialmente la exigencia, no a surtir deliberaciones efectivas o en las cuales se deba llegar a determinados resultados sustantivos, sino a que haya una igual oportunidad de deliberación. Las sesiones de debate exigidas reglamentaria y constitucionalmente, así como la deliberación en su interior, se cumplen con el sometimiento a consideración de un proyecto en la respectiva comisión o plenaria, y con su desarrollo conforme a la normativa que establece fundamentalmente tiempos para difundir el proyecto y entre sesiones, y la prohibición de establecer regulaciones discriminatorias en el uso de la palabra.

No se constata un debate cualificado ni sustantivamente se analiza cómo se desarrolló, lo cual es materia discrecional del Legislativo. Además de la exigencia constitucional de la deliberación y del procedimiento establecido en el Reglamento del Congreso, es imperativo no perder de vista que la jurisprudencia ha insistido en que lo esencial es agotarlos efectivamente, y no emular la deliberación o llevarla a cabo de forma irreglamentaria para que pueda predicarse la validez y legitimidad de lo actuado, de modo tal que si se vicia de inconstitucionalidad una la ley o acto debido a su trámite, pueda ser declarado contrario a la Constitución por la Corte.

La discrecionalidad que la Corte dispensa a los órganos representativos en diversas materias, se reconoce cuando acontecen casos donde no hay una afectación de derechos probada y cierta, y subsiste al tiempo una polémica razonable entre los especialistas en la respectiva materia por los medios idóneos para alcanzar fines determinados. El criterio de análisis consiste en verificar la constitucionalidad de los fines y, luego, la suficiente y debida deliberación parlamentaria en la cual se hayan expuesto diversas perspectivas, implicaciones, argumentos y contraargumentos por todos los facultados para hacerlo sin restricciones arbitrarias.⁷⁵²

⁷⁵² El principio tras el criterio constitucional de deferencia judicial frente al Legislativo por las medidas que adopta luego de un proceso deliberativo puede expresarse como se hizo en Estados Unidos cuando se debatió en 2003 una norma que prohibía los abortos por

En este sentido, por ejemplo, si se respeta el ideal deliberativo en la política tributaria se puede asegurar la efectividad del principio de no tributación sin representación, los principios de progresividad y equidad, sino también que en sede del examen de proporcionalidad se tomen las decisiones con pleno conocimiento acerca de la legitimidad constitucional del fin buscado y la adecuación de los medios para conseguirlos. Sin la posibilidad de deliberar acerca de normas tributarias se afecta gravemente el sistema jurídico como tal. En el caso de una de las sentencias analizadas,⁷⁵³ no sólo se amplió la base del IVA a productos de primera necesidad, afectando así principios de justicia, equidad y progresividad, y el derecho fundamental del mínimo vital, sino que se vulneró la debida deliberación, lo cual se agrava porque implicaba un cambio sustancial en el sistema tributario, toda vez que se había deliberado extensamente en casos anteriores por parte del mismo Congreso respecto de la necesidad de que la decisión de gravar bienes o servicios de primera necesidad exige una previsión razonada y ecuánime que proviene luego de un proceso deliberativo.

Las subreglas no han sido usadas de forma severa, lo cual vulneraría competencias del Congreso, restringiría espacios de deliberación democrática y cerraría las puertas a la dinámica política en la formación de las leyes. Contraría de hecho la voluntad de la propia constituyente si la Corte estableciera una versión sustantiva del debate o materialmente exigente de la forma como se debe desarrollar en el Congreso. La disminución de la rigidez del procedimiento parlamentario respecto de la versión establecida por la Constitución de 1886 se compensó con un sistema de democracia deliberativa, en el cual las exigencias procedimentales consagradas son menores, porque adicionalmente se articulan con la prioridad de lo sustantivo sobre lo procedimental. Las reglas procedimentales tienen principios subyacentes que se articulan con las virtudes que al procedimiento legislativo le otorga la deliberación, desarrollada de conformidad con determinados presupuestos (por ejemplo, la debida formación de la voluntad del órgano Legislativo y el respeto a la regla de mayorías) y con normas que orientan el desarrollo del procedimiento (por ejemplo, principios de consecutividad y de unidad de materia).

nacimiento parcial. “La Corte Suprema tiene una larga historia, particularmente en el área de los derechos civiles, de deferencia a las conclusiones fácticas del Congreso. Al hacerlo, la Corte ha reconocido que el Congreso, debido a su estructura institucional, es más apropiado que el poder judicial para evaluar hechos sobre los cuales se diseñan determinaciones relativas a las políticas”. Observación del representante Sensenbrenner, *cit.* en Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage”, 42 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 373, 2007, p. 386.

⁷⁵³ Sentencia C-776 de 2003.

La falibilidad humana, las lógicas perversas que muchas veces dominan la conformación de la voluntad mayoritaria en el Congreso y la eventual influencia de prejuicios, articulado con la flexibilización de las normas reglamentarias del procedimiento legislativo, son razones para proponer, incentivar y proteger los mecanismos que contribuyan a mejorar el procedimiento de toma de decisiones para así procurar corregir las decisiones políticas de eventuales errores lógicos y fácticos, de falta de información, de perspectivas particulares o afectadas por prejuicios. Las virtudes que al proceso parlamentario le otorga la deliberación contribuyen en la adopción de normas que tendrán más probabilidades de respetar los principios constitucionales.

La línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa constituye un interesante caso en el que, al contrario de lo que muchas veces se afirma inopinadamente por analistas o columnistas de opinión, la Corte Constitucional ha dispensado respeto por la competencia legislativa para tomar las principales decisiones sobre temas de relevancia nacional. Sólo en casos de manifiesta y probada vulneración de derechos que afectan a una población plural de personas por un tiempo indefinido y, sobre todo, respecto de la cual no se han tomado medidas que permitan avizorar un remedio en la situación, la Corte subsidiariamente ha tomado correctivos. El ejemplo paradigmático en este tipo de situaciones es la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Esta doctrina y el procedimiento de impartir órdenes complejas ha servido también de forma importante para garantizar los derechos sociales a partir de su aplicación directa.

Otros casos progresistas han solidado respetar no obstante las competencias del gobierno y el Legislativo para tomar las decisiones con las cuales remediar la situación, concentrando el control constitucional en la verificación de la formulación de la política, de su implementación y de su impacto. El control de constitucionalidad es, como son los consensos en sociedades plurales, de mínimos necesarios y no de máximos posibles. La Corte optó respecto del deliberativismo por un principio de minimalismo judicial; es decir, por una doctrina de decisión judicial conforme a la cual las cortes, en lugar de ejercer elevados controles sustantivos, deben al tiempo —además de su función ordinaria como legisladores negativos— consolidar precedentes y catalizar la deliberación ciudadana propiciando espacios para su desarrollo. La doctrina sobre elusión deliberativa es un buen ejemplo de la recepción de la filosofía de la restricción judicial en Colombia.

El criterio constitucional de elusión deliberativa se halla en el extremo donde la Corte ha fijado el límite del margen de configuración legislativa del Congreso. Por esta razón ha sido expresa en señalar que puede haber votación sin deliberación sin que ello implique necesariamente la ocurrencia de

un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que se haya dado la igual oportunidad efectiva de intervenir a los facultados y las normas para el desarrollo de la sesión no adolecieron de discriminación alguna. La línea jurisprudencial en este sentido no sólo ha fijado un criterio claro de análisis constitucional, sino que también ha constituido un cuerpo argumentativo acerca del amplio margen que la Constitución le confiere al Congreso. Con la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa la Corte ha pugnado por el resguardo de los principios que consagran las normas procedimentales, más que por el grado en el cual se satisfagan o alcancen determinados principios morales al final de las deliberaciones. Del hecho de que para alcanzar la legitimación política no se exija un determinado contenido axiológico o principialista dentro del contenido de las normas no se deriva que principios y valores estén ausentes de dicho examen. Se sitúa en cambio el control en el respeto a valores y principios, tanto en aquellos que consagran las normas que regulan el trámite parlamentario como en aquellos que se constituyen en los diques por donde debe fluir la fuerza de las mayorías.

Si bien la Corte ha establecido parámetros y estándares para orientar la creación legislativa del derecho, no ha adoptado grandes teorías cuando interpreta la Constitución para decidir casos sobre control al procedimiento parlamentario. Cuando analizó por ejemplo la constitucionalidad de la reforma laboral que ampliaba la jornada diurna, reducía los recargos en festivos e introducía la jornada laboral flexible, no defendió una determinada teoría económica sobre cómo aumentar el empleo ni una determinada teoría moral sobre igualdad o justicia social. Sentó en cambio un criterio sobre suficiente deliberación y disparidad en conclusiones fácticas. Adoptar teorías generales o acuñar principios particularmente abarcativos impondría, a la larga, exigencias sustantivas sobre los resultados de la labor del Congreso. Si bien la Constitución no está petrificada en el tiempo, y particularmente en el momento de su adopción, ni cuenta con una interpretación que quedó congelada cuando se suscribió el texto, un amplio ejercicio del Poder Judicial se ha defendido como poco adecuado. En lugar de establecer reglas sustantivas conforme a principios que se sientan respecto de máximos normativos, la Corte ha tomado las principales decisiones en materia de elusión de debate centrada en las normas y en los hechos de cada caso.

La Corte no interfiere para que las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa acudan al principal espacio de razón pública, al Congreso, para presentar sus razones y para considerar las razones de quienes se les oponen. Luego del procedimiento legislativo debidamente desarrollado, el margen de acción es amplio. La Corte reconoce, siguiendo ideales normativos, que la deliberación se constituye en un incentivo para que los distintos

grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas, toda vez que deben desarrollar justificaciones públicas de sus iniciativas. Esta razón fundamenta que, como concepto procedimental de democracia en el marco de una democracia constitucional y de un sistema jurídico constitucionalizado, la línea jurisprudencial sobre elusión deliberativa contiene como principal elemento normativo la oportunidad de participación y, de esta forma, la consideración de que la importancia del respeto a las normas reglamentarias del trámite parlamentario radica en que desarrollan valores y principios constitucionales.

La normativa relativa al procedimiento legislativo se debe cumplir porque, en parte fundamental, en ella recae la consideración como democrático de un régimen político. Si bien la votación es el mecanismo que realiza la prevalencia de las mayorías —principio también consustancial a la democracia—, la posibilidad de deliberación en las sesiones de debate, siendo un aspecto esencial de la sesión de debate, posibilita la intervención y expresión de las minorías. La prevalencia de las mayorías se realiza mediante la votación, que debe estar precedida de la oportunidad efectiva de deliberación de los legitimados en condiciones de libertad e igual oportunidad de participación para garantizar también la regla de minorías.⁷⁵⁴

En este sentido, el progresismo por el que aboga el neoconstitucionalismo es dialógico. Si bien los tribunales tienden puentes entre la normativa constitucional y la realidad social, deben hacerlo conscientes de la importancia de dicha interacción. La forma más adecuada en la cual los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes en un extenso diálogo en virtud del cual responden no sólo al estado de derecho y los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así en la incorporación de tales valores al derecho. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también de que el diálogo constitucional sea fluido y constante.

La implementación de un sistema de democracia deliberativa tiene dentro de sus efectos positivos la orientación de la acción política a partir de principios constitucionales. A pesar del intenso y permanente desacuerdo sobre su significado, la Constitución está en capacidad de inspirar lealtad, sobre todo entre los ciudadanos cuyas perspectivas sobre el derecho no son las que prevalecen si se mantienen abiertos canales deliberativos que permitan presentar perspectivas constitucionales y esgrimir argumentos en su sustento, distintas de aquellas prevalecientes en un momento determinado.

⁷⁵⁴ La ley 5a. de 1992, artículo 2o., consagra ambas reglas.

Los principios constitucionales son mandatos de optimización generales, precisamente porque establecen una normativa amplia para que la opción de la deliberación en torno a cuestiones contenciosas constitucionales, se conserve permanentemente abierta. Ésta es una de las ideas principales del movimiento denominado “constitucionalismo democrático”. La posibilidad permanente de contribuir a configurar el significado de la Constitución permite comprender en parte por qué la pueden reconocer como propia ciudadanos y grupos políticamente distanciados.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review* vol. 113, núm. 3, 2000.
- AGUILÓ, Josep, “Sobre la Constitución en el Estado constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007.
- _____, “Revisión judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, trad. de Leonardo García J., en HENAO, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado-Corte Constitucional, 2013.
- ARANGO, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2007.
- _____, *Democracia social*, México, Fontamara, 2013.
- BALKIN, Jack y LEVINSON, Sanford, “The Canons of Constitutional Law”, *111 Harvard Law Review*, 964, 1998, vers. cast. de GARCÍA J., Leonardo, “Los cánones en el derecho constitucional”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- BALKIN, Jack y SIEGEL, Reva (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BAR-SIMAN-TOV, Ittai, “The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process”, *Boston University Law Review*, vol. 91, núm. 6, 2011.
- BARBER, Benjamin, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984.
- BARBERIS, Mauro, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, *Ragion pratica*, 2000.
- BAYNES, Kenneth, “Democracy and the Rechtsstaat”, en WHITE, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

- BELLAMY, Richard y CASTIGLIONE, Dario (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*, Oxford, Blackwell, 1996.
- BENHABIB, Seyla, “Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy”, *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994.
- (ed.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.
- , *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- , “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, Issue 2, 2013.
- BESSETTE, Joseph, “Deliberative Democracy: the Majority Principle in Republican Government”, en GOLWIN, Robert A. y SCHAMBRE, William A. (eds.), *How democratic is the constitution?*, Washington, American Enterprise Institute, 1980.
- , *The Mild Voice of Reason. Deliberative Democracy and American National Government*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BOHMAN, James, “Survey Article. The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 4, 1998.
- y REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, The MIT Press, 1997.
- BONILLA, Daniel e ITURRALDE, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- BUTTON, Mark y MATTSON, Kevin, “Deliberative Democracy in Practice: Challenges and Prospects for Civic Deliberation”, *Polity*, vol. 31, núm. 4, 1999.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado; Madrid, Trotta, 2010.
- CEPEDA, Manuel José, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001.
- , *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

- CLÉRICO, Laura *et al.* (eds.). *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- COENEN, Dan T., “A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue”, *William & Mary Law Review*, vol. 42, núm. 5, 2001.
- COHEN, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en HAMLIN, Alan y PETTIT, Philip (eds.), *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford, Blackwell, 1989.
- , “An Epistemic Conception of Democracy”, *Ethics*, vol. 97, núm. 1, 1986.
- COLÓN RÍOS, Joel, “Notas sobre la reforma constitucional y sus límites”, en HENAO, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado-Corte Constitucional, 2013.
- CUERVO, Jorge Iván *et al.* (eds.), *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica*, Bogotá, Universidad Externado, 2012.
- DRYZEK, John. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- DURANGO, Gerardo *et al.*, *La participación política como derecho fundamental. Análisis desde la democracia deliberativa*, Medellín, Universidad Nacional, 2013.
- DWORKIN, Ronald, “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, Introducción a *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Vers. cast. de FLORES, Imer, en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grigley, 2014.
- , “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, ms. Vers. cast. de GARCÍA J., Leonardo, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos?”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 32, México, abril, 2010.
- ELKIN, Stephen L. y SOLTAN, Karol E. (eds.), *A New Constitutionalism: Designing political institutions for a good society*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993.
- ELSTER, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Vers. cast. de José María Lebrón, *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- _____, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007.
- FISHKIN, James, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- FREEMAN, Samuel, “Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 29, 2000.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- _____, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, trad. de Leonardo García J., en MARTÍ, José Luis y BESSON, Samantha (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- _____, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- _____, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- GOLDFELD, Victor, “Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes”, *Neueva York University Law Review*, vol. 79, 2004.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- HABERMAS, Jürgen, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional” y “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- _____, “Three Normative Models of Democracy”, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1998.
- HAMILTON, Alexander et al., *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (ed.), Nueva York, New American Library, 1961. Vers. cast. de VELASCO, Gustavo R., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

- HERNÁNDEZ, Andrés (comp.), *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2002.
- HENAO, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado-Corte Constitucional de Colombia, 2013.
- HONGJU, Harold y SLYE, Ronald (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999. Vers. cast. de Paola Bergallo, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- JOST, Stefan (ed.), *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.
- , «“The Interest of the Man”: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy», *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007.
- LAFONT, Cristina, “¿Es coherente el ideal de la democracia deliberativa?”, en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *La democracia deliberativa a debate*. Medellín, Universidad EAFIT-Cuadernos de Investigación, 2011.
- LANDAU, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, 2010.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis-Universidad de los Andes, 2006.
- MACEDO, Stephen (ed.), *Deliberative Politics, Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- y BESSON, Samantha (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents. National and Post-national Challenges*, Londres, Ashgate, 2006.
- MAZZARESE, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998.
- MENDES, Conrado Hübner, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

- MONTOYA, Mario (ed.), *Reflexiones constitucionales: a propósito de las dos décadas de la Constitución en Colombia*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012.
- NAVOT, Suziem, “Judicial Review of the Legislative Process”, *Israeli Law Review*, vol. 39, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996. Vers. cast. de SABA, Roberto, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOLTE, Detlef y SCHILLING-VACAFLOR, Almut (ed.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Londres, Ashgate, 2012.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos, “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- OTÁLORA, Guillermo, “El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 38, agosto-diciembre, 2013.
- PAULSEN, Michael, “The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is”, *Georgia Law Review*, 217, 1994.
- POSNER, Richard, “John Dewey and the Intersection of Democracy and Law”, en KHALIL, Elias L. (ed.), *Dewey, Pragmatism, and Economic Methodology*, Londres, Routledge, 2004.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, trad. y ed. de Leonardo García J.
- POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, versión manuscrita facilitada por la autora.
- _____, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, 1998.
- _____, *Neocostituzionalismo e positivismo giurídico*, Turín, Giappichelli, 2001.
- _____, y RAMOS, Écio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971. Vers. cast. GONZÁLES, de María Dolores, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- _____, “The Idea of Public Reason Revisited”, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

- REHG, William, “Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy: Between Estlund and Habermas”, *The Modern Schoolman*, núm. 74, 1997.
- RODRÍGUEZ, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI-Igualitaria, 2011.
- _____, SEPÚLVEDA, Magdalena, “Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Teoría y jurisprudencia sobre los derechos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2013.
- RODRÍGUEZ, Juan Carlos, “Strategic Constitutional Review, The Case of Colombia, 1992-2006”, ponencia presentada en el congreso de la *Midwest Political Science Association* (MPSA), Chicago, abril, 2008.
- SUNSTEIN, Cass, “Deliberation, Democracy, Disagreement”, en BONTEKOE, Ron y STEPANIANTS, Marietta (eds.), *Justice and Democracy: Cross-Cultural Perspectives*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1997.
- _____, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- _____, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- _____, *Designing Democracy. What constitutions do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- THOMPSON, Denis, “Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science”, *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 2, 2003.
- YEPES, Hernando y SUELТ, Vanessa (eds.), *La Constitución 20 años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2012.
- YOUNG, Iris M, “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, *Political Theory*, núm. 29, 2001.

Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de septiembre de 2015 en Editorial Color, S. A de C. V., Naranjo 96 bis, colonia Santa María la Ribera, 06400 México, D. F., tel. 5547 3540. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm. de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 300 ejemplares (impresión offset).