

LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIÓN, PUEBLO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *

por Daniel E. Flórez Muñoz **

RESUMEN

El presente trabajo defenderá la tesis que entiende que el Estado Constitucional, como elemento estructural del constitucionalismo global contemporáneo, supone definir una relación específica entre ciudadanía y Constitución que permita la interiorización de un *ethos* que posibilite la participación democrática y la defensa activa de los derechos fundamentales por parte de la ciudadanía. Por esto, entendemos la Acción Pública de Inconstitucionalidad, adoptada por Colombia en 1910 como una herramienta fundamental en el proceso de construcción de ciudadanía participativa y, por tanto, en la consolidación del Estado Constitucional incorporado en la Constitución colombiana de 1991.

PALABRAS CLAVE

Constitución, pueblo, democracia, Estado constitucional, acción pública de inconstitucionalidad.

ABSTRACT

This paper will defend the thesis that understands that the State Constitution, as a structural element of the contemporary global constitutionalism, is to define a specific relationship between citizenship and the Constitution that allows the internalization of an *ethos* that enables democratic participation and active defense fundamental rights of citizenship. For this, we understand the Unconstitutional Public Action, adopted by Colombia in 1910 as a fundamental tool in the construction process of participatory citizenship and therefore, the consolidation of the Constitutional incorporated in the Colombian Constitution of 1991.

KEY WORDS

Constitution, People, Democracy, Constitutional State, Public Action Unconstitutional.

* Fecha de recepción: 18 de mayo de 2010. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2010. Fecha de publicación: 1 de junio de 2010. El presente trabajo corresponde a la primera parte de la investigación: "Constitucionalismo Contemporáneo y Democracia", adscrita a la línea de investigación en "*Derecho y Sociedad*" liderada por la Doctora Irina Junieles, vinculada al Grupo de Investigación *Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos* en la Universidad de Cartagena. Agradezco los comentarios y la amable disposición al dialogo de mi maestro Yesid Carrillo de la Rosa en la Universidad de Cartagena; al Profesor Dr. Peter Häberle en la Universität Bayreuth por los textos y documentos amablemente enviados desde Alemania; a los profesores Brian Bix y Roberto Gargarella por las sugerencias y documentos facilitados. Los yerros subsistentes solo podrán ser atribuidos al autor.

** Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena (Colombia). Coordinador del Grupo de Investigaciones de *Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional* y del Grupo de Investigaciones *Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos*. daniel.florez@hotmail.es

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: ENTRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y EL IMPERIALISMO CONSTITUCIONAL

La idea de Estado Constitucional¹ ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos² a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho, esto a su turno no podía darse sin subvertir y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración. Este cambio copernicano en el mundo del derecho al interior de la tradición continental impuso un papel renovado y mucho más dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y, por ende, de su responsabilidad social y política (Cifuentes, 2006: xiii). El juez es hoy más que nunca una pieza fundamental dentro del proceso de democratización y respeto de las garantías de las libertades, tanto sociales como políticas, de los asociados³. Esta cualificación del rol del juez en las sociedades contemporáneas ha permitido pensar que si el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el siglo XX el siglo de los presidencialismos, el siglo XXI será el siglo de la rama judicial. Por lo tanto, el que un día fue el esclavo de la ley hoy ha tenido que revolucionar sus propias condiciones de existencia en procura de garantizar de forma más eficaz y concreta los principios democráticos en las sociedades contemporáneas. Pero en este proceso necesariamente ha tenido que dejar atrás viejas ataduras y descubrir nuevos horizontes al interior de los cuales encontrar nuevas razones y nuevos fundamentos para sus decisiones.

¹ El agotamiento del paradigma del Estado Social legislativo de Derecho se adecua a la celebre caracterización que Thomas Kuhn hace de los contextos de transición de paradigmas: "*la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del descontento explícito, el recurso a la filosofía y el debate de los fundamentos*". Especialmente los dos últimos los encontramos en la abundante literatura iuspublicista y iusfilosofica de la segunda posguerra. Respecto al concepto y evolución del Estado Constitucional, ver: Häberle (2001) y Carbonell (2003). Para una lectura radicalmente diferente que entiende al nacimiento de la idea del Estado moderno como acto de violencia sacrificial de necesaria renovación paradigmática, ver: Flórez Muñoz, (2008a); (2009a); (2009b). y Moncayo (2004)

² La renovación constante del derecho constituye el principal elemento que permitiría a Luhmann y Teubner construir la teoría de la *autopoyesis del derecho*, la cual, dentro de la teoría de los sistemas, entiende al derecho como un sistema que al interactuar con el macro sistema social. Redefine constantemente sus propios elementos a partir del lenguaje intra-sistémico, es decir, del propio lenguaje jurídico. En una frase, el derecho se crea a sí mismo a partir de su lenguaje y en respuesta a las necesidades y cambios del sistema social. En relación a la renovación de las categorías jurídicas y la *autopoyesis*, ver especialmente: Teubner (2000: 94-143) y Habermas (2005: 143-198)

³ En relación al tránsito de la Justicia distributiva de los poderes ejecutivo y legislativo al judicial, ver especialmente: García-Villegas y Santos, (2004: 94), quienes exponen dicha cualificación del pretor en los siguientes términos: "Confinados como estaban – los jueces – a la administración de Justicia Retributiva, tuvieron que aceptar como dados los patrones de Justicia Distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformo en una cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política."

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico, y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y dinámico. En el derecho constitucional, el cambio, en síntesis, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, “hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como creador consciente de subreglas constitucionales⁴ y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores” (Lopez, 2006: xix). Todo este cúmulo de cambios y expectativas quedan condensados en la paradigmática frase del magistrado Ciro Angarita, cuando en ocasión de una acción de tutela interpuesta por los vecinos del barrio Vista Hermosa en la ciudad de Cartagena, considera que: “Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”⁵; el poder de decir qué es el derecho implica el poder nominador de crear las restricciones o márgenes del poder político⁶, por lo que toda teoría que pretenda hablar de un monopolio de fuentes deberá dar cuenta de las profundas raíces políticas de su posición.

El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica ya que no se trata de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás. (Lopez, 2006: xxi).

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Colombiana de 1991, la jurisprudencia constitucional reclama un rol de verdadera fuente al interior del ordenamiento jurídico colombiano⁷, en virtud que la nueva Carta representa el ingreso de Colombia al contexto de lo que Bruce Ackerman ha denominado el “ascenso del constitucionalismo mundial”⁸ (Ackerman, 1999), o nuevo constitucionalismo⁹,

⁴ Un riguroso intento de sistematización de las principales subreglas manejadas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2004 se encuentran en: Olano (2005: 390-475)

⁵ Sentencia T – 406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón. Dicha expresión no da claridad de la postura iusfilosofica adoptada por la Corte Constitucional, ya que pudiera ser leída como defensa de un Positivismo Hartiano, del Realismo Jurídico Norteamericano e inclusive de algunas teorías Neoconstitucionalistas.

⁶ Desde una lectura sociológica, la lucha por las fuentes del derecho –o mas bien la lucha *entre* las fuentes del derecho- constituye una batalla por la capacidad de imponer a través de la fuerza oficial la visión que determinado sector de la sociedad tiene de la democracia, el Estado y la Justicia, lo que constituye sin lugar a dudas un capital social nada despreciable. Al respecto ver: Bourdieu (2000: 155-220) y (2001: 165-225)

⁷ Acerca del papel de la Jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano ver: Bernal (2005: 193-244), (2007: 373-428); Lopez Medina (2006: 73-174); (2007: 429-474) y Olano (2005: 475-488)

⁸ El cual comienza a definir sus rasgos con la Constitución Italiana (1947), La Ley Fundamental Alemana (1949) y la Constitución Española (1978) siendo esta ultima la más profunda inspiración para el modelo constitucional actualmente vigente en Colombia.

⁹ Leonardo García Jaramillo identifica (2010), con base en la teoría de Miguel Carbonell, identifica la Constitución de 1991 como el comienzo del

caracterizado por la defensa activa de los derechos fundamentales¹⁰, una amplificación de las potestades de los jueces (especialmente de los tribunales constitucionales¹¹) y un pronunciado acento en el modelo argumentativo de aplicación del derecho¹². Todo esto, naturalmente, acompañado por el efecto irradiador de la Constitución en la totalidad del ordenamiento jurídico, redefiniendo la naturaleza misma de muchas de las ramas del derecho, que, por su estirpe privatista, pretendían evadir la totalitaria marcha del constitucionalismo contemporáneo. Aún el derecho civil¹³ y el derecho comercial deben encontrar sus anclas en los principios y valores constitucionalmente reconocidos, sin los cuales carecerían de fundamento jurídico y por lo tanto de vinculatoriedad; dicha tendencia ha permitido afirmar que después de la Constitución de 1991 -en la academia jurídica colombiana- nadie puede considerarse especialista en una rama del derecho sin un mínimo manejo de la dogmática de los derechos fundamentales, sobre la cual dicha rama jurídica reposa. El Derecho Constitucional, por tanto es más que un simple referente; este constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las disciplinas jurídicas deben encontrar sus fundamentos o raíces si pretenden seguir conservando su rótulo. En pocas palabras, la constitucionalización del derecho, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional y las competencias de los tribunales constitucionales han llevado al derecho constitucional contemporáneo a configurarse como el Derecho por antonomasia.

Neoconstitucionalismo en Colombia el cual vendría siendo evidenciado igualmente por la jurisprudencia constitucional y la renovación doctrinal, adoptando los criterios sugeridos por Carbonell (2010) como los "tres niveles de análisis", a saber: 1. Reforma Constitucional, 2. Jurisprudencia Progresista y 3. Renovación Doctrinal. Personalmente tengo mis reservas de construir criterios de identidad entre el "Nuevo Derecho" que indiscutiblemente nace con la Constitución del 91 y la teoría Neoconstitucionalista asociadas con autores como Nino, Dworkin, Alexy y Zagrebelsky, respetando lo heterogéneo del pensamiento de los juristas señalados, así como de los aportes del uno y del otro a la democracia en contextos de desigualdad y exclusión, en relación al canon del neoconstitucionalismo ver: García-Jaramillo y Carbonell (2010)..

¹⁰ Al respecto ver: Alexy (2003) y (1993)

¹¹ Al respecto ver: Zagrebelsky (2006); Ferrajoli (2003)

¹² Al respecto ver: Garzón Valdez y Laporta (2000: 231-266).

¹³ Es precisamente con un caso de derecho civil con el cual empieza el proceso de constitucionalización del Derecho a nivel mundial, consagrado en Colombia en el art. 4 de la Carta Política, la Constitucionalización del Derecho se origina por primera vez en un fallo alemán del año 1958, el celebre *Caso Lüth*, en el cual un productor de cine había celebrado un contrato de producción de una película con un director, sin conocer la temática de la misma. El director hace una película Antisemita y el productor se niega a producirla, pues considera que viola la libertad y la honra del pueblo judío. Ante esto el director lo demanda en virtud del contrato existente. El productor pierde ante el tribunal, pero interpone un *recurso de amparo* ante el Tribunal Federal Alemán, el cual le concede la razón, aduciendo que el derecho civil debe entenderse de la mano de los derechos consagrados en la Ley Fundamental, quedando, de esta manera legitimado el productor para incumplir el contrato.

Este nuevo derecho Constitucional naciente¹⁴, en contraposición al constitucionalismo continental clásico, entiende la necesidad de ubicarse y responder históricamente a su propio tiempo, es decir, toma conciencia de que esta nueva época supone la necesidad de que el derecho comprenda que se encuentra en un proceso dialógico con sujetos mediados por la historia, y no abstracciones o entelequias de sujetos trascendentales, y, sobre todo, que su actuar humano se encuentra necesariamente enmarcado en el *aquí* y el *ahora*. Es por tal motivo que el derecho constitucional deja atrás aquella fetichizante legalidad constitucional propia del frío racionalismo normativo para adentrarse en el camino de la hermenéutica jurídica, política y filosófica siempre en dialogo con las necesidades del constituyente primario. El orden jurídico-constitucional es ahora una forma de actualización de la voluntad popular, estableciendo de esta forma un camino hacia la temporalidad e historicidad de la Constitución que permita que ésta sea capaz de responder a las necesidades del momento histórico dado¹⁵ en la medida en que su propia textura abierta deja la puerta abierta a la interpretación, en palabras de David Mercado, las Constituciones se hacen con oraciones semánticamente abiertas

Siendo abiertas las normas fundamentales de la Constitución, sus textos son indeterminados e incompletos, inservibles para sustentar una doctrina sobre su aplicación deducida directamente de los mismos por lo que necesitamos fundar o erigir una teoría de la interpretativa frente a los valores y principios que se establezcan como normas.

El nuevo constitucionalismo en Colombia, significó el redescubrimiento de un nuevo lenguaje constitucional, en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados –a los que hace referencia David Mercado– evolucionaron prontamente en la forma de “principios jurídicos”, para terminar edificándose como Derechos Fundamentales. Estos últimos constituyeron el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho, así como la dogmática de los Derechos Fundamentales, alimentada principalmente por las obras de Robert Alexy, quien movido profundamente por los problemas suscitados por Ronald Dworkin, pasa de los discursos genéricos de los filósofos del derecho a un discurso de nivel intermedio propio de los constitucionalistas, pero que sin duda alguna comenzaba ya a dar las claves más concretas en la utilización dogmática de los Derechos Fundamentales¹⁶ (Lopez, 2009: 49).

¹⁴ En relación al desarrollo que ha tenido a nivel dogmático en Colombia ver especialmente: Julio (2007), Cepeda (1993), y SÁCHICA (2000)

¹⁵ Resulta interesante para explicar este cambio, la expresión del profesor Oscar Guardiola cuando al hablar del ingrediente Crono-tópico como elemento que permite entender el momento histórico-espacial concreto.

¹⁶ Véase al respecto: Alexy (1997) y en el mismo sentido los trabajos de Arango (2005) y Borowski (2003).

En ese orden de ideas, la interpretación de las normas constitucionales y con ella la búsqueda de su contenido es entendido como un proceso inacabado y de continua realización en el tiempo.

Este “giro interpretativo” que ha tenido el derecho a nivel global¹⁷ -que muchos han atribuido a los influyentes trabajos de Ronald Dworkin¹⁸- se ha mostrado como una nueva revuelta en contra de aquel formalismo profundamente emparentado con el “clasicismo jurídico”¹⁹, en la medida en que la palabra “interpretación” tendía a aparecer como una llave para abrir las puertas que arcanamente había sellado el formalismo excluyendo de su visión del derecho los fines civilizatorios provenientes de la teoría política y moral. Comenta el profesor Lopez Medina como, “Mas aún, el enfoque hermenéutico estaba ligado a una nueva concepción de las instituciones político-constitucionales en la que se prestaba fuerte atención a la determinación judicial de reglas o hechos –una “teoría judicialista del derecho”, si se quiere-” y se levantaba en contra de aquella tradición que “desvalorizaba el papel del interprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador y una férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de los actos legislativos ordinarios²⁰” (Lopez, 2009).

Este resurgimiento del derecho Constitucional dentro del contexto social y político de los Estados contemporáneos trajo consigo el debate en relación a los nexos que existen y deben existir entre Constitución y Sociedad en la medida en que el “giro hermenéutico” del derecho también permitió un giro político al interior de su contexto de aplicación, los cuales se evidenciaron en reformas institucionales muy definidas. En ese orden de ideas, comenta el profesor Diego Lopez Medina,

(A)sí como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba, uno de sus usos, a tener el efecto político de escudar la profesión y la judicatura de las incursiones politizantes del fascismo y el marxismo, la recepción del nuevo

¹⁷ Un minucioso análisis de los procesos de globalización del derecho neoconstitucional, de la mano de los procesos de apertura económica al libre cambio dentro del marco Neoliberal, puede consultarse en: Rodríguez (2009).

¹⁸ Un estudio detallado de las contribuciones de Dworkin a la teoría jurídica en relación al “giro interpretativo” puede encontrarse en Stick (1986). De Ronald Dworkin ver especialmente: (1988) y (2007)

¹⁹ El concepto de “Clasicismo Jurídico” ha sido desarrollado por el profesor Diego Lopez Medina, en: (2004) y (2009: 47)

²⁰ Al respecto comenta Lopez Medina que esa férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de las leyes, hace referencia a la imagen mítica del legislador franco-latinoamericano la cual se construye a partir del contractualismo rousseauiano y en su típica confianza en la asamblea de ciudadanos como productores de normas legislativas (2004: 47). Sobre la influencia temprana del constitucionalismo inspirado en las ideas liberales de Rousseau en la Gran Colombia puede consultarse el libro del maestro Hernando Valencia Villa, *La Constitución de la Quimera: Rousseau y la republica jacobina en pensamiento constitucional de Bolívar* (1982).

antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la Guerra Fría. La cepa de autores de la nueva teoría decepcionada del derecho –Hart, Dworkin, Rawls o Habermas- tienen claros compromisos con una versión de constitucionalismo liberal progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente validas. Ya que la voluntad legislativa tiene límites morales y políticos –límites constitucionales-. (2009:53-54)

Por tal razón vemos cómo esta nueva hermenéutica contribuyó enormemente en la recepción de un constitucionalismo global, o si se quiere, de una nueva ética, a saber, la *ética de los derechos constitucionales* –ahora directamente justiciables-; Es al interior de este nuevo contexto jurídico-político donde los desarrollos de los tribunales constitucionales, sobre todo en materias económicas y políticas suscitan fuertes críticas desde distintos sectores de la academia jurídica colombiana²¹, señalando el amanecer del constitucionalismo contemporáneo como el anochecer de la democracia y el retorno a un modelo elitista de corte aristocrático en el cual la última palabra siempre la tendrán un grupo de selectos juristas aún cuando su decisión sea abiertamente contra mayoritaria y, por lo tanto, –a su entender– antidemocrática. En ese sentido, la próxima parte del presente trabajo tendrá por objetivo exponer algunas de las lecturas contemporáneas en relación a las tensiones entre democracia (pueblo) y Constitución (Tribunal Constitucional), tomando las que hoy en día son quizá las más elaboradas dentro de la academia global. Me refiero a la teoría de los límites constitucionales de Elster, el Constitucionalismo Popular de Kramer, Waldron y Tushnet, y la teoría de la Sociedad Abierta a los Interpretes de Peter Häberle.

II. CONSTITUCIÓN, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SOCIEDAD: JON ELSTER, LARRY KRAMER Y PETER HÄBERLE.

En un diálogo entre el filósofo jesuita colombiano Guillermo Hoyos con el filósofo judío español Manuel Reyes Mate, este último comentaba en relación a la justicia en la sociedad contemporánea y su tratamiento desde el punto de vista ético, que “la justicia no es en primer lugar una distribución igualitaria de la libertad sino una distribución responsable del pan”; proseguía afirmando “Pan y Libertad no son incompatibles. Van juntos. Pero con orden” y toma luego a Ernst Bloch diciendo “el estómago es la primera lamparilla en la que hay que echar aceite” y “el hambre y el amor ponen al mundo en movimiento”.

²¹ Volveremos sobre este punto en el aparte III del presente trabajo.

Con estas afirmaciones de profundo contenido hebreo²², quería Reyes Mate afirmar que para poder hablar de justicia hay que partir de la experiencia de la injusticia. En esto coinciden hoy la mayoría de los teóricos de la justicia y de la ética; pero en lo que no caen en cuenta es que la motivación para luchar contra la injusticia, o si se quiere por la justicia, tiende a desaparecer en las elaboraciones teóricas abstractas. Por esto, es necesario volver una vez más a la *sensibilidad social*, es decir a la experiencia concreta de quienes padecen la injusticia (Hoyos1998: 178-179).

Es por lo tanto, un llamado a un mínimo *principio de realidad* al interior de la doctrina jurídica, expresado en la necesidad de adoptar la posición del subalterno²³, del excluido²⁴, o sencillamente del *otro*²⁵ como verdadero depositario y soberano del derecho²⁶. Es entender la forma, las implicaciones y los efectos en los que el derecho opera en la sociedad, el cual no sirve simplemente de objeto para discusiones abstractas entre especializados juristas o como la razón del desvelo de algún estudiante para su parcial; el derecho constituye en la realidad un orden simbólico que crea subjetividades, y configura las posibilidades reales al interior de la vida de los asociados, de quienes lo aplican, lo padecen y lo viven, pero paradójicamente los que menos lo conocen. Resulta llamativamente preocupante el hecho de que gran parte de las narrativas constitucionales en nuestros contextos continúen escribiendo sus tratados desde la vieja tradición que ignora el siempre decisivo, heterogéneo, confuso y contradictorio papel de las gentes comunes y corrientes en largo proceso de construcción del derecho y la Nación²⁷, y se continúan publicando libros tan vacíos de realidad que, al terminar de leerlos, uno no puede hacer más que preguntarse, con fatigado asombro, si la Colombia de que habla el autor

²² Expresiones como Pan, Aceite y Lamparilla tienen alto contenido simbólico en la tradición hebrea, en relación al significado de estas palabras, entre otras, ver: Dussel (1994)

²³ Los estudios de lo Subalterno constituyen un corriente dentro del pensamiento social y la crítica literaria periférica. En relación a los estudios subalternos, ver: Gayatri Chakravorty Spivak (2008) y Dipesh Chakrabarty (2008).

²⁴ Es la posición adoptada por la Filosofía de la Liberación, desarrollada principalmente por Enrique Dussel. Acerca de estos importantes estudios de la condición latinoamericana en contraposición con el euro-centrismo de los grandes meta-relatos ver: Dussel (1992).

²⁵ Categoría desarrollada por el pensador semita Emmanuel Levinas en su famosa obra Totalidad e Infinito (1977) y más adelante adoptada por la segunda fase de la Filosofía de la Liberación. Ver: Dussel (1998).

²⁶ Actualmente todas estas perspectivas de estudio desde la alteridad sometida y excluida configuran la constante dentro del abanico epistemológico de los denominados estudios poscoloniales o decoloniales, liderados en Latinoamérica por trabajo de académicos de la talla de Santiago Castro-Gomez (1998), (1999) y (2005); Dussel (1992), Walter Dignolo (1995), (2000) y (2001); Anibal Quijano (1992) y Catherine Walsh (2003). En el Derecho resultan profundamente interesantes las contribuciones de Oscar Guardiola-Rivera desde esta perspectiva (2003), (2004) y (2008).

²⁷ Como contribuciones desde este enfoque pueden entenderse los trabajos de Oscar Guardiola-Rivera (2006) y Ricardo Sanin Restrepo (2009a) y (2009b).

es la misma que han padecido y siguen padeciendo la inmensa mayoría de los colombianos (Munera 2005)²⁸.

Es por tal motivo que en este aparte tenderemos las relaciones entre el Derecho y quien efectivamente lo vive, es decir, entre el derecho y la sociedad que éste regula, y nos aproximaremos a tres -de las muchas- teorías que explican los nexos dialogicos entre Constitución y Pueblo, partiendo con la teoría de Jon Elster, brillante miembro de la escuela del Marxismo Analítico de Oxford, quien, tomando como metáfora la imagen de Ulises –el héroe de los cantos homéricos-, explica las auto-limitaciones que se impone la comunidad política en un momento dado a través del acto constitucional originario y jura no quebrantarlo depositando la confianza en el tribunal constitucional de ser el responsable de la sagrada obligación de recordarle lo inicialmente pactado por sí mismo. Como segunda teoría, explicaremos brevemente los fundamentos del Constitucionalismo Popular, heterodoxa corriente jurídica norteamericana, que entra a criticar de forma contundente y radical la denominada *supremacía judicial*, apelando a criterios de teoría política fundamentan la defensa y la necesidad de dar mayor voz al pueblo en la definición de los alcances y límites de las Constituciones. Por último, abordaremos los argumentos expuestos por Peter Häberle, teórico alemán pionero en el enfoque cultural a la Constitución y gran comparativista, quien sostendrá lo que en mi concepto sería una línea intermedia entre la teoría de Elster y el ala más radical del Constitucionalismo Popular; en su trabajo la “Sociedad Abierta los Interpretes” (2002b) defenderá una jurisdicción constitucional en la cual se de cabida de forma institucional a la opinión pública y a los actores sociales pertenecientes al complejo abanico cultural que suponen los Estados Modernos.

a) Las sirenas del poder. Comentarios al “Ulises” de Elster

En relación a los nexos dialógicos o determinadores que deben existir entre las Constituciones y las sociedades que éstas rigen, una de las indiscutibles autoridades en el tema es el profesor de la Universidad de Columbia John Elster, quien en su célebre libro “Ulises y las Sirenas” (1984) adecúa la historia constitucional a la del mítico héroe

²⁸ Hacia esta perspectiva están encaminados los Nuevos Estudios Jurídicos Críticos en Colombia, grupos de investigación en la Universidad Javeriana, Universidad Nacional y Universidad de Cartagena, se encuentran reconstruyendo los orígenes y la necesidad de superación de este tipo de narrativas jurídicas postcoloniales que impiden que el derecho sea tomado “*en serio*” por parte de la gran mayoría de los asociados y siga siendo visto como un elemento externo, agresor y al cual en lo posible es necesario evadir. Esta visión de lo jurídico –tan típicamente premoderna- es la que se nos muestra como sintomática al interior de nuestra periferia y se perfila como una táctica de contención de las multitudes sistemáticamente excluidas por parte de quienes detentan algunos importantes y particularísimos intereses; nuestra historia constitucional desde esta perspectiva solo crea los nuevos límites que debemos superar. Muy en sintonía con estos estudios se encuentran los desarrollados en el Birkbeck College de la Universidad de Londres con Oscar Guardiola, Costas Douzinas y Bill Bowring.

griego, quien, ante el peligro que le significaba el trayecto en el cual las sirenas encantaban con sus cantos a los capitanes y pilotos de los barcos, conduciéndolos fatalmente hacia la muerte en las rocas y peñascos, exigió a sus marineros que lo ataran al mástil de la embarcación, para que aún cuando escuchara las encantadoras voces de las sirenas no cediera a éstas y mantuviera la embarcación en el rumbo inicialmente previsto.

Elster utiliza la poderosa imagen de Ulises atado al mástil para explicar el comportamiento de las sociedades que deciden imponer restricciones a su conducta con el fin de mantenerse en la senda de los compromisos adquiridos. (Alexei, 2007: 10).

Pero es en el libro "Ulises Desatado" (2002) donde Elster, basándose en la historia del noble ruso del siglo XIX, expuesta por el filósofo Derek Parfit, ilustra de forma aún más clara la manera en que los individuos optan por poner limitaciones a su accionar presente, para de esta forma lograr alcanzar las metas propuestas y no dejarse llevar o seducir por las contingencias e inmediateces.

La historia es la de un rico noble que "se apresta a recibir una cuantiosa herencia representada en vastas posesiones de tierras, y quien se compromete consigo mismo –debido a sus ideales socialistas– a distribuir la totalidad de sus tierras entre los campesinos: Pero sabe que, con el tiempo –dice Parfit–, sus ideales pueden marchitarse. Para guardarse de esta posibilidad, hace dos cosas. Primero, firma un documento legal, por el cual automáticamente donará la tierra, y que solamente podrá ser revocado con el consentimiento de su esposa. Dice entonces a su esposa: "Si alguna vez, cambio de opinión y te pido que invalides el documento, prométeme que no lo consentirás". Podría añadir: "considero que mis ideales son esenciales para mí. Si los perdiera, deseo que pienses que yo dejo de existir. Te pido que, en ese momento, veas a tu esposo no como yo, el hombre que te pide encarecidamente que hagas esta promesa, sino solo como su yo posterior. Prométeme que no harás lo que él te pida. (Elster, 2002: 68).

Mutatis mutandi²⁹, las sociedades se imponen constituciones para mantener presentes, a lo largo de su desarrollo histórico los compromisos y promesas realizadas en un momento determinado de su historia política, por lo que, más que ser un documento simplemente variante debe ser un documento con vocación de continuidad y de constante actualización histórica, a través del cual la sociedad pueda cargar un "sello" o una "cicatriz" de lo que fue y en un momento juró no volver a ser. Para consecución de este cometido, el control de constitucionalidad es tal vez la herramienta más sofisticada que buena

²⁹ Tomando lo esencial de la metáfora, en la medida en que no se puede hacer un tránsito conceptual sin más de las razones que tienen los individuos para auto-restringirse a las razones que tienen las sociedades como totalidad holística, es decir, como un todo más allá de la suma de los individuos que la componen.

parte de las sociedades contemporáneas han encontrado para atar al mástil a las mayorías; en los procesos constituyentes son ellas mismas las que deciden imponerse limitaciones y exigen a los jueces que no las desaten.

b) El ocaso del “*iura novit curia*”³⁰. Prolegómenos al popular constitutionalism³¹

En muchas de las actuales constituciones del mundo, existe un consenso en la apuesta hacia un modelo de democracia deliberativa, en el cual, “*las decisiones políticas están sujetadas al control popular pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo*” (Sunstein, 1996: 7). En ese sentido, surge el cuestionamiento al poder o supremacía judicial frente a las decisiones tomadas por los representantes del pueblo; dicho debate llega a al punto que Barry Friedman afirmaría que tal discusión constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos (1998: 334), y no es para menos, en la medida en que pareciera demostrar cómo el debate acerca de la legitimidad de los tribunales constitucionales en última ratio no sería mas que: el cuestionamiento límite de la democracia. En virtud que –conforme lo expuesto por Hans Kelsen en su debate con Schmitt, acerca del defensor de la Constitución– la simple amenaza de recurrir al tribunal constitucional “puede ser, entre las manos de la minoría un instrumento propio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, por esta vía, en ultimo análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría³²” (Rincón, 2008: 119-120).

Sin embargo, el hecho de que en la actualidad los jueces gocen del poder del que gozan tiene que ver, –tal como lo expone Roberto Gargarella– entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el sistema judicial al interior del marco de una Constitución Republicana en el contexto anglosajón, desde el cual es originaria la figura³³ que en la actualidad existe en casi todos los sistemas judiciales del mundo. Me refiero a presupuestos de raíces conservadoras y

³⁰ “*Solo la Curia* (Colegio de pretores) *conoce el derecho.*”

³¹ Algunas de las consideraciones expuestas en este aparte, fueron presentadas como ponencia en la I Jornada de Teoría del Derecho Cartagena 2009. Agradezco los comentarios de mis compañeros de mesa: el profesor Kenneth Himma (Pacific Seattle University), Jorge Fabra (Universidad San Buenaventura), Carolina Guzman (Tecnológico Confenalco) y Tatiana Díaz (Universidad de Cartagena), por sus comentarios a la ponencia.

³² En relación a la normativa lectura kelseniana de la democracia, resulta iluminador el trabajo del profesor Rodolfo Arango en *Filosofía de la Democracia* (2007), sobre el cual volveremos mas adelante.

³³ Me refiero al control judicial de las leyes o *judicial review* (Control de Constitucionalidad) como forma de poner límite al poder legislativo y reformativo del Congreso.

antidemocráticas, conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía –de un modo efectivo–, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Así, también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que solo algunos de ellos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones “justas”, entendiendo estas como decisiones correctas e imparciales (Gargarella, 1996: 12).

Es al interior de dicha tensión entre representación, voluntad popular y poder judicial, en que se desarrollan los principales ataques al control judicial de constitucionalidad (*Judicial Review*), los cuales lejos de ser novedosos han sido expuestos desde diferentes ángulos a partir del dictado mismo de la Constitución de Filadelfia (1787), cuando el poder federal fue objeto de la disputa suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801 – 1085). El fallo más relevante dentro de esta polémica es el célebre caso “*Marbury vs. Madison*” redactado por el *Chief Justice* John Marshall, el cual fue proferido al interior de ese enrarecido y polémico clima político. La relevancia de este fallo se deriva del hecho, de que para muchos ese instituto (control de constitucionalidad) no se encontraba expresamente previsto en la Constitución norteamericana, al punto de afirmar que es con base a esa usurpación auto-abrogada por Marshall que aún se mantiene activo el *Judicial Review* en los Estados Unidos; habría que aclarar que tal como lo expone Barrancos y Vedia, “*existen constancias del judicial Review muy anteriores a “Marbury”*” (2004: 3), pero lo que sí es cierto es que si bien el *judicial review* no nació con *Marbury*, los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder sí nacieron junto con el dictado del célebre fallo (García Mansilla, 2009: 11). Sin embargo, en los últimos 50 años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la “*Dificultad Contramayoritaria*”, es decir, “*¿Por qué jueces que no son electos por el pueblo pueden invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática?*” (ibid: 11), en otras palabras, con “*Dificultad Contramayoritaria*” se hace referencia a la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Dichas teorías críticas al poder judicial y defensoras del poder del pueblo, tienen sus orígenes más remotos en la Inglaterra del siglo XVIII, principalmente en el pensamiento de autores como Thomas Paine, quien defendió vigorosamente la idea de que “*las verdades fundamentales podían ser conocidas por cualquiera con la perseverancia de examinar el mundo cuidadosamente y reflexionar sobre su experiencia*”; así como Joseph Priestley y Richard Price, éste último llegando a afirmar que cada persona “*debía autogobernarse y cada comunidad debía procurar lo mismo, creando sus propias leyes. Lo que debía evitarse, en su opinión, era el “dominio de algunas comunidades sobre otras comunidades, o de algunos hombres sobre otros hombres”*”

(Gargarella, 1996: 83). Señala Gargarella cómo la influencia radical inglesa llegó a los Estados Unidos por distintos medios, algunas veces, a través de la circulación clandestina de panfletos, pero muchas otras a través de la efectiva presencia física de los representantes de aquel radicalismo. El caso más notable, en este sentido, lo presento el mismo Paine, quien, después de una estancia relativamente silenciosa en Inglaterra, se trasladó a Pennsylvania con el apoyo de su amigo Benjamín Franklin, desde donde sacó a la luz su enorme potencial político. Paine escribió casi toda su obra en los Estados Unidos, donde llegó a ser: uno de los ideólogos de la revolución, influyente asesor de las principales figuras norteamericanas (Washington y Jefferson, entre ellas), y cabeza principal en la redacción de la Constitución de Pennsylvania de 1776, sin duda alguna el intento constitucional más radical aparecido en la historia jurídica norteamericana.

En la actualidad, reivindicando los postulados históricos de esta tradición radical, tenemos una heterogénea corriente de brillantes constitucionalistas bajo el nombre de *Popular Constitutionalism*, dentro de cuyas filas encontramos juristas de la importancia de Larry Kramer³⁴, Sanford Levinson³⁵, Richard Parker³⁶, Jeremy Waldron³⁷ y Mark Tushnet³⁸ entre muchos otros.

Conforme a lo expuesto por Javier Rincón, el *Constitucionalismo Popular* puede ser definido como,

³⁴ Actual Decano de la escuela de Derecho de la Universidad de Stanford. Fue "Law Clerk" del *Justice* William Brennan. Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, ver: Kramer (2001) y especialmente (2004).

³⁵ Para su visión del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: Levinson (1999).

³⁶ Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, Ver: Parker (1999).

³⁷ Profesor de Derecho en la Universidad de Oxford (heredero de la cátedra de H.L.A. Hart). En relación a la visión de Waldron al Constitucionalismo Popular, consultarse: Waldron (1999). De los autores pertenecientes al Constitucionalismo Popular, Waldron es quizá quien goza de mas renombre, en su *Law and Disagreement* (1999), entra en directa polémica con el trabajo de Ronald Dworkin -autor fundamental en la defensa de la judicial review- así como en sus otros escritos, han servido para plantear de forma seria y argumentada que aún desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales era necesario resistirse el control judicial de las leyes. Ello así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (the fact of disagreement) respecto del contenido y forma de los derechos individuales (un reclamo que implicaba una puesta en cuestión de las teorías contemporáneas sobre la interpretación constitucional). Y también, por otro lado, porque esa preocupación por los derechos no podía sino partir del reconocimiento del igual status moral, y la igual capacidad de cada uno, lo cual implicaba dejar de lado toda visión que, directa o indirectamente, pretendiera colocar a los jueces como expertos conocedores del contenido de los derechos. En otras palabras, las mismas razones que daban base a la preocupación por los derechos debían servir para bloquear cualquier intento de dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de discutir francamente sobre sus derechos y los límites de los mismos (Gargarella, 2009: 2).

³⁸ Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, miembro de los *Critical Legal Studies* y fue "Law Clerk" del *Justice* Thurgood Marshall. Para su lectura del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: (1999).

La corriente jurídica que se encuentra en oposición a toda idea de supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y específicamente a toda idea de supremacía de los tribunales constitucionales según la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la Constitución en última instancia (2008: 124).

Larry Kramer -uno de los teóricos más importantes del Constitucionalismo Popular- asocia el Constitucionalismo Popular con la visión conforme a la cual,

quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (Krammer, 2004: 962)

Para Roberto Gargarella, quien es en Latinoamérica uno de los principales socializadores de las ideas del Constitucionalismo Popular, esta corriente jurídica podría compartir rasgos generales, una cierta *hostilidad* hacia el sistema judicial hoy existente, por considerar que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo más directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer su punto de vista acerca de lo que significa la Constitución.

En palabras de Larry Kramer y dejando evidenciado las profundas bases históricas que el autor mantiene en su posición, el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, es dado sostener que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Constitución es el pueblo y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle dicho poder para que lo ejerza de forma soberana.

Una brillante *carta de navegación* para aproximarse a las tesis centrales del *Constitucionalismo Popular* la constituye la categorización que Roberto Gargarella hace en sus comentarios a la sistemática obra de Larry Kramer, *The People Themselves* (2004). Para este autor argentino el *Constitucionalismo Popular* defiende una serie de criterios comunes, entre los cuales podemos encontrar principalmente (2009: 1-5):

Desafiar la supremacía judicial: Quitando la Constitución de las manos de los tribunales.

Cuestiona los supuestos históricos y políticos sobre los cuales descansa la supremacía judicial Kramer –comenta Gargarella-, sostiene que para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro del Estado. Contra dicha visión, reacciona el presidente Jefferson mostrándose hostil frente a la idea de la supremacía judicial y defendiendo un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. “En definitiva, esta última visión -conocida como teoría “departamentalista” o “concurrente”- sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el significado de la Constitución” (2009: 1); opinión respalda por Kramer, quien afirma que “tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano le asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución,” dejando la “autoridad interpretativa final” en el propio pueblo (Kramer 2004).

Ahora bien habría que aclarar que,

(A)sí como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolida es la supremacía judicial, en la visión de otros autores cercanos al “constitucionalismo popular,” como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanzar a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible. Para Tushnet, el principal objetivo de un “populismo constitucional” como el que él defiende es el de “quitar la Constitución de las manos de los tribunales.” (Gargarella, 2009: 2)

Ir en contra de una “sensibilidad anti-popular.”

Consiste en una percepción difundida al interior de quienes defienden la supremacía judicial, entendida como una especie de autoridad moral de unos pocos sobre los muchos, Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” está dado por su “disconformidad con la democracia” (1996: 72), y agrega que esta disconformidad se expresa en una

incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contra-mayoritarios; en la

oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos. (1996: 152-153)

Defensa de una Interpretación extrajudicial.

El profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo en relación al debate frente a la supremacía judicial para interpretar la Constitución, se revela la oposición entre dos cosmovisiones a las que célebremente denominará concepciones "católica" y "protestante" de la Constitución. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como "provincia exclusiva" del poder judicial, mientras que la segunda considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos, estando el Constitucionalismo Popular llamado en la defensa de esta última. Por lo tanto, de lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada "interpretación extrajudicial" de la Constitución, por parte de los actores sociales y la sociedad civil como tal (Gargarella, 2009: 3)

El derecho fuera del derecho

Hace referencia, en palabras de Roberto Gargarella, a uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas, que se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative*. En dicho trabajo, Cover exploraba los

"indisciplinados impulsos jusgenerativos," provenientes de movimientos sociales alternativos, y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de "crear, sino la de eliminar [ciertas visiones sobre el] derecho." En opinión de Cover, los jueces -confrontando la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas-venían a decir "que *esta tradición* es derecho, mientras destruían o trataban] de destruir a las restantes." Contra dicha visión, Cover sostenía que "[l]as historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen" debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho. "El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarias. Debemos dejar de circunscribir al *nomos*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos" -concluía Cover. Trabajos como los de los profesores Reva Siegel y Robert Post refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo. Junto a estos trabajos, estudios como los de Wayne Moore han ayudado a mostrar las formas específicas en que la ciudadanía "crea y mantiene normas constitucionales -incluyendo normas 'legales' que no encajan inmediatamente dentro de las narrativas profesionales." (2009: 4)

Impulsar mayor Democracia y participación

Todos los rasgos anteriores nos hablan de la común preocupación de los "populistas" por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas. Esta preocupación –a diferencia de otras corrientes progresistas- no ve en las mayorías una amenaza, sino por el contrario la oportunidad misma de autodeterminación de los pueblos. Es por eso que en su defensa a la soberanía popular, el Constitucionalismo Popular tiende a valorar más

las manifestaciones propias de la "cultura popular," con lo que ella pueda incluir de "indisciplinado," "vulgar," o no-refinado. Institucionalmente hablando, y como resultado de su confianza en la ciudadanía –de su desconfianza en las elites- los "populistas" favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos, la descentralización del poder. (Gargarella, 2009: 5)

Por otra parte, según nos comenta el profesor de la Universidad Javeriana, Javier Rincón Salcedo, siguiendo a Alexander y Solum, la Constitución

no es ni más ni menos que la voluntad popular, interpretada por el pueblo y protegida por la amenaza del pueblo de hacerla cumplir. La ley ordinaria es la ley de los representantes a nombre del pueblo, pero la Constitución es la ley del pueblo mismo, es por esta razón por la que en el mundo del "constitucionalismo popular", los gobernantes son los regulados y no los reguladores y la autoridad de interpretación constitucional final permanece con el propio pueblo. (2008: 125)

Sin embargo, tal como lo exponen los profesores de la Universidad de San Diego, Alexander y Solum (2005), el *Constitucionalismo Popular* encuentra una de sus principales fuentes de heterogeneidad en lo que respecta a la guarda e interpretación constitucional, en la medida en que para algunos –como veremos- se trata simplemente de un abolicionismo del *Judicial Review* mientras que para otros, por el contrario, se trata de una relación dialogica entre tribunal y opinión pública. Veamos esto a partir de la categorización realizada por los profesores señalados:

Robust Popular Constitutionalism. Desde esta posición, es únicamente la voluntad popular la que puede llenar de contenido los preceptos constitucionales y, por tanto, en el pueblo recae tanto la guarda como la interpretación "correcta" de la Constitución Política. Para la corriente mas radical, el pueblo tiene como enemigo a los Tribunales Constitucionales, los cuales en medio de su supremacía interpretativa se muestran como "sirvientes constitucionales" de las Elites políticas.

Modest Popular Constitutionalism. Al interior de esta corriente, al pueblo le corresponde sencillamente, “anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales” (Rincón, 2008: 126).

Trivial Popular Constitutionalism. Dentro de esta forma de Constitucionalismo Popular, lo que prima es la aceptación por parte del pueblo de la interpretación que se haga de la Constitución. Esto se logra a partir de lo que ha dado en denominarse como “*Teoría del Reconocimiento*” de las normas, “dentro de la cual se discute, entre otras cosas, si la simple no oposición a una norma o a una determinada interpretación de la Constitución por parte del pueblo puede ser considerada como aceptación de la misma, o si por el contrario, toda norma para considerarla aceptada, debe ser el objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo” (Rincón, 2008: 126).

Expresive Popular Constitutionalism. Al interior de esta lectura del *Constitucionalismo Popular*, se pasa a valorar la opinión pública como una forma de interacción con la labor de interpretación del Tribunal Constitucional, a partir de una relación dialógica en la cual dicho tribunal entienda las preocupaciones, razones y posiciones que la opinión pública presenta y, a partir de ésta, construir la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

Vemos cómo el Constitucionalismo Popular pretende, en últimas, encontrar en los procesos de discusión popular una fuente de legitimidad para el *derecho constitucional*; una legitimidad que no provenga de un cuerpo seleccionado de juristas, sino que incluya a los verdaderos practicantes de las disposiciones normativas, es decir, al pueblo mismo; y esto sólo es posible a partir del cuestionamiento directo del poder casi-religioso de los pretores constitucionales, quienes, emulando algún tipo de casta sacerdotal, son los garantes y depositarios de una verdad a la cual, aún cuando se tratare de la verdad acerca de la salvación del pueblo, éste no puede acceder por no estar *ungido* con los saberes técnico jurídicos que suponen el acceso. En este sentido, el Constitucionalismo Popular se nos muestra como una *Reforma Protestante* al jerárquico y cerrado poder custodio y portador de la *verdad constitucional*.

c) La sociedad abierta a los intérpretes: Peter Häberle y la constitución como cultura

Dentro de la academia jurídica Alemana, el nombre de Peter Häberle es sin duda alguna uno de los más conocidos e importantes. Para muchos, es de los pensadores alemanes vivos con mayores contribuciones al pensamiento jurídico moderno.

Para ubicar a Häberle al interior de la tradición alemana es necesario situar sus "linajes" intelectuales; en ese sentido vale afirmar que Peter Häberle es heredero de la tradición que desarrollaría Rudolf Smed y que luego continuaría con Konrad Hesse hasta llegar al profesor Häberle quien sin duda al desarrollarla le dará un tinte cultural especial. Pero en su pensamiento jurídico no solo confluye la tradición alemana de Smed y Hesse, sino que también se nutre del pensamiento constitucional de Hermann Heller. En palabras del propio Häberle, su deuda con Heller consiste en "el planteo científico la profunda comprensión del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo una teoría científico-cultural de la Constitución" (Valadés, 2001:xxiii). En igual sentido tampoco puede sobreestimarse la influencia que tuvo la importante teoría de Heller en relación a los conceptos de Normalidad y Norma, en ese sentido Häberle comenta, "Así como no puede estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco puede serlo la normalidad y normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de Constitución." Al interior de esta realidad del ser (normalidad) se incluyen factores de tipo culturales a los que Häberle prestaría gran atención, y con base a los cuales desarrollaría su teoría de la Interpretación constitucional.

Häberle tiene el mérito de haber nutrido a la teoría constitucional con teorías sistemáticas donde se dan cabida a elementos o categorías innovadoras y de gran utilidad analítica. Al entender la Constitución como una ciencia cultural, el autor introduce las particularidades históricamente construidas por los pueblos a los cuales las constituciones regulan, de lo que se desprende que el discurso constitucional es siempre –necesariamente– un discurso históricamente condicionado. Este es el otro gran aporte, que adopta la categoría de Tiempo, como forma o medio para entender el fenómeno constitucional, al respecto afirma "el Estado constitucional vive en el "curso del tiempo" para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio" (Häberle, 2001: 49). El profesor Diego Valadés entiende que en la teoría de Häberle, Constitución se traduce en un doble proceso cultural,

Por una parte, el de naturaleza temporal y, por otra, el de naturaleza espacial. En el temporal hay una dualidad (diacrónico – resulta de la experiencia histórica y el sincrónico – que corresponde al proceso constituyente) y el espacial es en el que se identifican los elementos que diferentes actos constituyentes han aportado al Estado Constitucional de nuestro tiempo (referencias comunes que han sido incorporados selectivamente por diferentes sociedades). (Valadés, 2001: xxvii).

La particular relevancia de la teoría cultural de la Constitución³⁹ estriba en el hecho de que ésta supone un mayor grado de seguridad

³⁹ En relación a la teoría cultural de la Constitución, ver especialmente: Häberle (2002a).

para la norma suprema y, por tanto, para el Estado. Si de la abstracción pasamos a la concreción veremos que todo esto no quiere decir otra cosa que “convertir las convicciones de libertad, dignidad, seguridad, justicia y equidad que sustenta una comunidad, en conducta y norma de garantía a la vez” (Valadés, 2001: xxviii).

En la Sociedad Abierta a los Intérpretes Constitucionales (2002b), escrita originalmente en el año de 1975 y publicada en español al interior de la colección de Temas de Derecho Público, dirigida por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita (Universidad Externado de Colombia), Häberle traza los principales pilares argumentativos de la forma en la que entiende el proceso de definición de sentido y alcance al texto constitucional, naturalmente en sintonía directa con su perspectiva culturalista⁴⁰. Lo que Häberle tratará de responder es la pregunta en relación a quienes deben tomar parte en la interpretación constitucional (Häberle, 2002b:111), cuya importancia es que sobre quienes recaiga tal capacidad será quienes logren imponer su visión o lectura de la realidad constitucional sobre la totalidad social, razón por la cual, Häberle considera que al interior del Estado Constitucional, el principio democrático permite suponer que “¡No existe un *numerus clausus* de Intérpretes de la Constitución!” (Häberle, 2002b: 112), en ese sentido, critica el hecho de que hasta el momento la interpretación de la Constitución ha sido un asunto de la sociedad cerrada –tomando la celebre categorización sugerida por Isaías Berlín- en la cual la interpretación de la norma de normas es un asunto gremial, en la medida en que es estrictamente limitado las realidades que entran a jugar en el proceso constitucional formal. Por lo tanto, es necesario abrir a la sociedad a sus intérpretes convocando las opiniones y realidades de los ciudadanos del común, grupos civiles, órganos estatales y opinión pública en general, en la medida en que como experimentadores del derecho son también “fuerza productiva interpretadora”. De lo que se trata si se quiere, es de una

Democratización de la interpretación constitucional, de cómo la teoría de la interpretación tiene ante todo que asegurarse en forma teórico-democrática y viceversa. No existe interpretación alguna de la Constitución sin la mencionada participación del ciudadano activo y de las potencialidades públicas.

Todo el que viva en y con las circunstancias de hecho reguladas por la norma es intérprete indirecto y, dado el caso, también intérprete directo de la norma. El destinatario de las normas toma parte del suceso de interpretación con mayor intensidad de lo que de ordinario se admite. Puesto que no son sólo los intérpretes constitucionales los que viven las normas, no son ellos los únicos intérpretes, ni siquiera los más importantes. (Häberle, 2002b: 113-114)

⁴⁰ No confundir con las corrientes culturalistas o estudios culturales; estos son de corte filosófico posmoderno y hacen referencia a cuestiones radicalmente distintas. Ver pie de página 30.

Por lo tanto, la propuesta de Häberle apunta a dos objetivos complementarios, a saber, transformar la interpretación constitucional en un supuesto del orden democrático y participativo, e identificar la misma como un elemento más de la cultura en concreto. Dichos objetivos complementarios implican dos requisitos: la estabilidad de la norma (decisión política) y la adhesión a ella por parte de la comunidad política (fenómeno cultural). “Sin estabilidad y adhesión la interpretación es imposible. De acuerdo con lo anterior puede decirse que la interpretación abierta sólo es posible en el Estado Constitucional” (Valadés, 2001: xxxiv). Todo se articula de esta forma como un gran rompecabezas, y estamos frente a las piezas de una gran teoría constitucional.

La teoría häberliana se nos muestra como un completo sistema de articulación que permite construir nuevos y más fuertes vasos comunicantes entre derecho y sociedad, y por tanto, ayuda a profundizar los valores democráticos. Al interior de su teoría también se cobijan las posibles fluctuaciones constitucionales, las cuales se encuentran relacionadas con cambios formales pero de igual forma con procesos interpretativos. En ese orden de ideas, en el proceso encaminado a fijar los contenidos de la norma constitucional, los intérpretes –actores- constitucionales juegan un papel protagónico, en tanto que la interpretación no es un medio no solo para interiorizar lo interpretado, sino también para modificar aquello que se interpreta; en tanto que hayan criterios hermenéuticos generalizados (producto de vivencias colectivas, tales como la experiencia colombiana en 1991), la cohesión social y la identidad cultural perdurarán, pero en la medida en que se generen contrastes o contradicciones, podrá inocularse una tendencia eruptiva que solo podrá eludirse o superarse precisamente en virtud de la presencia de valores culturales que por su naturaleza poseen una gran fuerza cohesiva al interior del tejido social. La teoría de Häberle termina de esta forma con un diseño institucional que él denomina “interaccionismo institucional” que hace parte del último conjunto de piezas –ingeniería constitucional- de completo rompecabezas que este brillante jurista edifica sobre la idea del Estado Constitucional.

En conclusión, vemos cómo dentro de cada una de las tradiciones o familias jurídicas⁴¹ existen teorías que entienden, de forma muchas veces contradictoria, los términos y condiciones que deben suponer las relaciones entre Derecho y Sociedad –Constitución y Pueblo-. Lo que no se debe perder de vista es que, resulta imposible sostener una posición jurídico constitucional a-política⁴², y que en este proceso la

⁴¹ En relación al concepto de “*familia jurídica*” ver los trabajos de Diego Lopez Medina acerca del problema de los trasplantes jurídicos, (2009) y (2004)

⁴² Uno de las mayores críticas al derecho constitucional positivista -heredero de la tradición alemana de la Staatslehre (Laband, Jellinek y Kelsen)- al interior de la academia jurídica colombiana es la proveniente del jurista colombiano Diego Lopez Medina, quien afirma que el “derecho constitucional cuando se presenta como una

interpretación se nos muestra como la clave para comprometer el progresismo constitucional con la superación de estados de cosas que entendemos como inaceptables, precisamente la apuesta es hacia la construcción de una hermenéutica constitucional entendida como proceso continuo y holista entre Derecho, Política y Moral⁴³, que permita la materialización de las garantías y promesas contempladas en los textos constitucionales.

El derecho constitucional en ese sentido se alimenta no sólo de la filosofía del derecho, sino también de la filosofía política y moral, en la medida en que la concepción que se tenga de la Constitución supone ya una lectura de la democracia y de los límites del poder dentro de una sociedad. Por tal motivo es el discurso de la democracia la principal arma del Constitucionalismo Contemporáneo para contribuir en la transformación de las sociedades y en la lucha contra la miseria y la exclusión social.

En ese orden de ideas, en los momentos históricos en lo que existan mayores traumatismos constitucionales resulta risorio sostener la idea de una democracia estable, tal como lo señala el maestro Yesid Carrillo de la Rosa cuando parafraseando al Constituyente Francés, afirma: "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esta asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución, o lo que es lo mismo no tiene Democracia" (Carrillo, 2005: 101).

IV. NUEVO DERECHO EN COLOMBIA: ENTRE LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO

Pero a pesar de lo grafica y plausible que podría llegar a ser la tesis de Elster, Krammer o Häberle en Colombia, las tres suponen una estructura institucional y una cultura constitucional que permita el desarrollo de un modelo de democracia deliberativa posconvencional, en otros términos, para que estas discusiones tengan asidero en el contexto nacional, se requiere que el nuevo constitucionalismo esbozado en la primera parte del presente texto, sea una realidad. A pesar de esta necesidad política y modernizadora al interior de la historia colombiana existen – utilizando las palabras de H. L. A. Hart-, lo que serían las reacciones de Pesadilla y del Noble Sueño hacia este

disciplina objetiva y anti-ideológica, esta mintiendo palmariamente. La comprobación es sencilla: existen actores políticos concretos que usufructúan de manera clara los contenidos establecidos en el actual arreglo constitucional. La utilización del argumento constitucional, por tanto, es otro de los mecanismos que sirven para fortalecer la opinión propia que no se sostiene exclusivamente sobre la validez de la mera opinión política o ideológica (lo subjetivo y móvil), sino que ahora cuenta con el respaldo aumentado de lo que el derecho ordena (lo objetivo y fijo)" (Lopez, 1999: 36)

⁴³ Como una clara contribución en ese sentido debe entenderse la teoría constitucional de autores como Rodolfo Arango, quien en un Foro acerca de Neoconstitucionalismo celebrado en EAFIT (Medellín, 2009), defendía la tesis de la defensa constitucional de la Democracia Social desde contexto de exclusión y pobreza.

nuevo derecho en Colombia, especialmente en relación al desarrollado por la Corte Constitucional a su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Quien adecuaba brillantemente las categorías analíticas utilizadas por Hart, durante su publicitado debate con Ronald Dworkin en su ensayo "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", al caso colombiano, es el maestro Carlos Bernal Pulido, quien en la introducción del ya clásico libro de Derecho Constitucional: El Derecho de los Derecho (2005) rotula los distintos intentos por postergar o acallar los avances jurisprudenciales que ha tenido la Corte Constitucional, así como aquellos ubicados en la posición contraria, que ven en ésta, desde su neoformalismo la tan esperada redentora de los desposeídos.

Para Hart, el problema de la jurisdicción constitucional, específicamente el de la naturaleza del razonamiento del juez constitucional (discrecional o aplicador imparcial); avizoraba una circunstancia que había suscitado dos reacciones contrapuestas en la doctrina: "la pesadilla (the Nightmare) y el noble sueño (the Noble Dream). Del lado de la pesadilla estaban quienes pregonaban el cataclismo de la concepción del juez, es decir, la imposibilidad de seguir considerándolo como una mera instancia de aplicación del derecho, que pudiera diferenciarse con facilidad del legislador. Parecía que el juez ya no solo aplicaba el derecho preexistente sino que también creara nuevo derecho en sus sentencias" (Bernal, 2005:17), En contraposición a esta visión ejemplificada en el Realismo Jurídico Norteamericano y sus herederos neorrealistas, los Critical Legal Studies⁴⁴, encontramos la posición denominada del Noble Sueño, caracterizada por la insistencia en poder explicar y justificar el hecho de que el juez debiera aplicar el derecho preexistente y no crear un derecho nuevo, incluso cuando pareciera que las reglas que lo componen no pudiesen determinar el sentido de la decisión. Este enfoque rechazaba contundentemente la idea de que el intérprete decide y puede decidir los casos a su arbitrio o según su voluntad, cuando la norma aplicable es indeterminada, tesis sostenida por Holmes y Dworkin, entre otros.

Las dos variantes de reacciones en que se encuentra dividida la doctrina frente a la jurisprudencia norteamericana, según lo descrito por Hart, tienen sus respectivos "pares" en la academia jurídica colombiana en relación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales.

⁴⁴ Acerca de los principales exponentes de esta corriente jurídica crítica y sus tesis, ver: García Villegas (2001: 105-213) y Kennedy (1999). El principal exponente de esta sugestiva escuela es Duncan Kennedy, profesor de la Universidad de Harvard, quien en varios de sus escritos se ha ocupado de lo que he denominado: los oscuros presupuestos ideológicos del derecho privado y la educación legal. Ver especialmente: Kennedy (2000), (2001a), (2001b), (2002), (2003) y (2004).

Al respecto, señala Bernal Pulido que tanto la pesadilla como el noble sueño han conocido en Colombia una variante pesimista y una interpretación optimista.

La variante pesimista de la pesadilla en Colombia –comenta Bernal Pulido– ha estado representada principalmente por todos aquellos que han deplorado el desmoronamiento del formalismo legalista⁴⁵ que, previo a la Constitución de 1991, campeaba en nuestro sistema jurídico, en el que los derechos exigibles y, por tanto, los únicos protegidos eran aquellos que el frío racionalismo normativo podía desprender del texto legislativo o de los actos administrativos. Esta variante de la pesadilla entiende el proceso de aplicación y desarrollo del texto constitucional como un fenómeno de creación jurídica caracterizada por la imposibilidad del control, quedando el mismo únicamente sujeto al situacional arbitrio de la Corte Constitucional.

La versión optimista de la pesadilla coincide en la constatación de que la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a la ley y frente a los demás actos del Estado y de los particulares otorga a la Corte Constitucional una competencia para crear derecho, que en ciertas dimensiones se asemeja al poder del congreso (Bernal, 2005: 18)

Lo que llama la atención de esta variante optimista de la pesadilla es que concibe el activismo judicial de la Corte Constitucional como un mecanismo idóneo para lograr la transformación del Derecho y del Status-quo, entendiendo el derecho, antes que como un obstáculo para el cambio, como un instrumento destinado a la transformación de las estructuras sociales. En ese sentido, este modo de entender la práctica constitucional presenta unas claras aproximaciones con el movimiento italiano denominado Uso Alternativo del Derecho⁴⁶.

Para el profesor Bernal, la visión del Noble Sueño también presenta en Colombia dos variantes, a saber una optimista o positiva y otra pesimista. Por una parte, se encuentra la interpretación optimista del Noble Sueño, la cual, en contraste directo con las dos variantes de la pesadilla, considera que la aplicación de los derechos fundamentales en ningún momento entrega al juez un margen de discrecionalidad que revista las magnitudes y produzca las consecuencias que amedrentan a quienes padecen la pesadilla, en la medida en que la aplicación de los derechos fundamentales supone un desafío teórico a la Corte Constitucional Colombiana, en virtud de que la obliga a crear una teoría material de la Constitución que posibilite la objetivización de una

⁴⁵ En relación a la idea de Formalismo Jurídico en sus múltiples variantes, ver: Carrillo de la Rosa (2009); Bobbio (1991: 11-37); Larenz (1942: 33-71) y Lopez (2006: 265-316). Respecto a la recepción y desarrollo del Formalismo jurídico en Colombia, ver: Lopez (2004); (2006: 3-28); Florez Muñoz (2009c) y (2008b)

⁴⁶ Respecto al Uso Alternativo del Derecho, ver: Tobón (1984); Ferrajoli (1978); Ibáñez (1976) y especialmente la completa obra compilada por en dos tomos Prieto Barcellona, *L' Uso Alternativo del Diritto* (1973).

dogmática constitucional que permita entender los procesos de aplicación del texto constitucional como un ejercicio racional-argumentativo antes que como un ejercicio político caracterizado por la discrecionalidad judicial.

(E)sta visión implica una mixtura de tres elementos que se sitúan al alcance de todo buen juez: una reconstrucción de los fundamentos políticos y morales de la Constitución, una visión coherente y consistente del ordenamiento jurídico y una conciencia acendrada acerca de las reglas de racionalidad que todo proceso argumentativo debe respetar (Bernal, 2005: 19).

Al igual que la reacción de pesadilla, la reacción del Noble Sueño maneja una variante o versión pesimista, la cual resulta de una simbiosis entre los criterios de aproximación analítica señalados en la variante positiva del Noble Sueño, usados por el juez constitucional a la hora de aplicar el texto constitucional; y el temor de que la materialización de la totalidad de los derechos consagrados en la Carta Constitucional pueda poner en peligro las instituciones democráticas y el sistema en general.

Vemos cómo el desarrollo del Constitucionalismo Contemporáneo en Colombia no ha sido pacífico, en la medida en que ha encontrado fuertes opositores, tanto en judicatura, como en la doctrina y en la práctica profesional; sin embargo, los adelantos realizados por la Corte en sus primeros años han brindado el fuego necesario para pensar en un futuro promisorio, en el cual los derechos consagrados en nuestra Carta Fundamental, más que ser ideales políticos serán realidades tangibles y exigibles judicialmente. Sólo cabe preguntar –buscando la articulación de la segunda parte del trabajo con la aquí desarrollada–: ¿Cuál ha sido el rol del ciudadano al interior de este modelo tan traumático para un sector de la judicatura y doctrina jurídica nacional? Para responder esta pregunta, tomaremos como ejemplo una de las formas en las que el pueblo garantiza la integridad del texto constitucional actuando políticamente, me refiero a la Acción Pública de Inconstitucionalidad, contemplada en el numeral 6 del artículo 40 de la Carta Magna, con la cual veremos de qué forma podemos construir nexos de causalidad entre participación ciudadana y defensa material de los derechos constitucionales.

IV. EL PUEBLO EN DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

En un estudio publicado por la Universidad Externado de Colombia en el 2004, la profesora Helena Alviar, a partir de estudios empíricos, analiza la forma en que la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia permite una mejor garantía de los derechos y deberes fundamentales por parte de la Corte Constitucional colombiana, antes que los controles llamados oficiosos, que adolecen de

una reducida o nula participación popular en la construcción de sus cargos y poco contribuyen, por lo tanto, en la construcción del imaginario constitucional, en la medida en que reducen los canales de diálogo socio-institucionales.

La Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia (en adelante API) constituye, sin duda alguna una herramienta eficaz de participación democrática efectiva; efectividad que reside precisamente en el considerable aumento en su implementación por parte de los ciudadanos, así como en la exigencia que sobre los jueces dicha participación ciudadana implica –este cambio se evidencia cuando contrastamos la API con los controles officiosos-. En nuestro estudio de la figura, primeramente, nos detendremos en el análisis dogmático y jurisprudencial de la misma (sin pretender ser exhaustivos), para luego pasar a analizar sus implicaciones, alcances y límites al interior del proceso de democratización de la Constitución Política, o como elemento estructural en la construcción de una cultura constitucional como prerrequisito de lo que tiende a denominarse Patriotismo Constitucional⁴⁷. En esta segunda parte del análisis, fundamentaremos nuestras conclusiones y sugerencias en los estudios empíricos realizados por los profesores Helena Alviar, Esteban Hoyos y Nicolas Palau van Hissenhoven (2004) en la Universidad Externado de Colombia⁴⁸, dando nuevos argumentos para coadyuvar sus conclusiones.

El control de constitucionalidad en los Estados modernos, constituye una garantía básica dentro del Estado de derecho encaminado a hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución; principio que se encuentra consagrado en su artículo 4, en los siguientes términos: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Al respecto comenta el Magistrado Ciro Angarita Barón en la sentencia T-006 de 1992 cómo la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico,

estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para

⁴⁷ En cuanto a la noción de Patriotismo Constitucional como garantía de una cohesión social posconvencional, ver especialmente: Habermas (2005:)

⁴⁸ En su trabajo, los autores revisaron en total 3.401 sentencias de constitucionalidad de las cuales 2.921 correspondieron a acciones públicas. Dicha revisión se efectuó desde 1992 hasta marzo de 2004. Al interior de mi investigación en relación a la figura, fue éste el estudio más riguroso y actual de la misma. Por tal motivo, lo tomo como criterio de referencia principal en la construcción del presente aparte del artículo.

determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.

La Constitución Política consagra, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley⁴⁹ como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político; de la misma forma, la Carta señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que vulneransus preceptos y principios, a saber: la API⁵⁰, la acción de nulidad por inconstitucionalidad⁵¹, la acción de tutela⁵² y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad⁵³ como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución⁵⁴.

⁴⁹ Numeral 6 del Artículo 40 de la Constitución Política.

⁵⁰ Artículo 241 y ss. de la Constitución Política.

⁵¹ Numeral 2 del Artículo 237 de la Constitución Política.

⁵² Artículo 86 de la Constitución política.

⁵³ La Corte constitucional, en varias oportunidades ha definido los márgenes que separan el control de constitucionalidad por vía de acción de aquél que es realizado por vía de excepción. En la sentencia C-600 de 1998, el magistrado ponente Jose G. Hernandez señala: "ha de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto -a cargo de esta Corporación (art. 241 C.P.) y residualmente del Consejo de Estado cuando se trata de decretos presidenciales de puro carácter administrativo (art. 237-2 C.P.)- y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4 de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales.

La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.), su exequibilidad o inexecutable, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico.

En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en

Vemos cómo en Colombia es posible ejercer o aplicar el control de constitucionalidad, bien sea como excepción –también denominado difuso, en la medida en que es aplicable al caso concreto y la norma no se retira del ordenamiento sino que se inaplica- ora por vía de acción – también denominado concentrado, dado que la norma examinada puede ser retirada definitivamente del ordenamiento-. De igual forma, el Constituyente estipuló otros medios para garantizar la primacía de Constitución⁵⁵, los cuales no serán objeto de este trabajo.

Como toda acción, la API⁵⁶ goza de una serie de requisitos para su viable evaluación por parte de la Corte Constitucional, por lo que ella exige que el ciudadano que ejerce la acción contra una norma determinada refiera con claridad y precisión el objeto que se demanda, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto en cuestión. De lo contrario la demanda será considerada como inepta.

Para Helena Alviar, la API puede ser entendida como el,

Derecho Político que la Constitución, en su numeral 6, artículo 40 concede a cualquier ciudadano para acusar ante la Corte Constitucional, como violatorios de una o varias disposiciones constitucionales, las leyes, decretos y actos contemplados en el artículo 241 (num. 1, 4 y 5) de la Constitución, con el fin de obtener una sentencia que decida de manera definitiva y con efectos *erga omnes* sobre la permanencia o exclusión de la norma del ordenamiento jurídico (Alviar, 2004: 480-481).

su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella."

⁵⁴ Es necesario aclarar que no son éstas las únicas vías que existen para ejercer el control constitucional. Al respecto comenta el Magistrado Carlos Gaviria D. en la sentencia C-560 de 1999 cómo en el ordenamiento colombiano también se establecen otras formas de garantizar la supremacía constitucional, por ejemplo, "la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (art. 305-9-10 C.P.) y, en general de todos los actos de las autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana."

⁵⁵ Ver, pie de página (55).

⁵⁶ Es preciso anotar que la Acción Pública de Inconstitucionalidad ingresa al ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 03 de 1910, artículo 41.

Recordemos que aparte del derecho político que nos permite acusar ante la Corte Constitucional la exequibilidad de una disposición, los ciudadanos también pueden, en conformidad al numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política, “Intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros”, por lo que el papel o calidad de participante al interior del proceso hermético de dar sentido y garantizar el texto constitucional no se limita tan sólo al accionante de la API. Continuando con el estudio de dicha acción, ésta sólo puede ser promovida contra los actos reformativos de la Constitución (únicamente por vicios de procedimiento)⁵⁷, contra las leyes (tanto de fondo como de forma)⁵⁸ y contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno⁵⁹ (por su contenido y forma)⁶⁰. Al tratarse de asuntos de forma o vicios en el trámite de la disposición acusada, la API deberá siempre presentarse dentro del término del año siguiente a su publicación⁶¹; si, por el contrario, se tratase de cargos materiales (que recaen sobre el fondo de la norma), la acción no tendrá caducidad alguna.

Los estudios de la profesora Alviar, a partir de la aproximación comparativa entre las sentencias que se revisan automáticamente⁶² y las que requieren un accionante, tienen el propósito de resaltar que la “participación ciudadana exige un examen riguroso de los derechos individuales y un control constitucional de fondo, mientras que la ausencia de la participación ciudadana se traduce en un control constitucional sobre aspectos de forma” (Alviar, 2004: 486). El estudio se centra en la comparación con dos clases de control oficioso, el realizado por la Corte a los Tratados Internacionales y el realizado a las Leyes Estatutarias; esto en razón de que se consagren los dos extremos de los modelos de revisión constitucional y, que de esta forma, concentren la caracterización intermedia del sistema colombiano, en la medida en que la revisión de tratados internacionales posibilita la participación ciudadana (excepcionalmente ejercida) y la revisión de Leyes Estatutarias es un ejemplo del ejercicio de frenos y contrapesos entre dos ramas del poder, a saber, la legislativa y la judicial⁶³.

⁵⁷ Numeral 1 del Artículo 241 de la Constitución Política.

⁵⁸ Numeral 4 del Artículo 241 de la Constitución Política.

⁵⁹ Con fundamento en el artículo 341 y 150 numeral 10 de la Constitución Política.

⁶⁰ Numeral 5 del Artículo 241 de la Constitución Política.

⁶¹ Numeral 3 del Artículo 242 de la Constitución Política.

⁶² En conformidad al artículo 241 de la Constitución Política, la revisión automática procede sobre: 1. La convocatoria a un referendo o Asamblea Constituyente para Reformas la Constitución, 2. Los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, 3. Decretos legislativos que dicte el gobierno, 4. los proyectos de ley objetados por el Gobierno y los proyectos de Leyes estatutarias, y por último, 5. los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

⁶³ No resulta sorpresa por lo tanto que la Acción Pública de Inconstitucionalidad tenga sus fuentes teóricas en el modelo norteamericano de protección de derechos, mientras que la revisión oficiosa o automática de normas se basa primordialmente en el modelo francés de solución de conflictos entre ramas.

En relación a las sentencias que revisan los Tratados Internacionales (1.683 en total⁶⁴), el 94% de los Tratados estudiados por la Corte fueron declarados exequibles, el 3% declarados inexecutable y el 3% restante declarados parcialmente exequibles. La profesora Alviar anota como durante el 2000 y el 2001, hubo 57 revisiones automáticas de leyes aprobatorias de Tratados Internacionales, de las cuales sólo 3 declararon la inconstitucionalidad de una norma, siempre por vicios de forma (falta de publicidad de la ponencia en la Gaceta Judicial, u omisión de artículos en el curso de deliberación); este, entre otros ejemplos evidencia cómo el control de la Corte sobre los Tratados Internacionales se concentra principalmente en los vicios de forma más que en las fallas materiales que comprometan la constitucionalidad misma de los tratados.

Esto permite a la profesora Alviar comentar que “en términos generales, la Corte es complaciente con los tratados internacionales: su revisión material parece menos rigurosa y, a medida que pasan los años, esta tendencia proteccionista del derecho internacional parece reforzarse” (2004: 487); y concluye afirmando que las sentencias provenientes de una revisión automática de constitucionalidad “no tienen participación ciudadana y, como tal, persiguen fines institucionales distintos, que hacen que el examen de constitucionalidad sea débil” (2004: 489).

En efecto, una participación activa por parte de la ciudadanía en los procesos constitucionales obedece –en la mayoría de los casos- a modelos institucionales que pretenden ofrecer garantías poderosas hacia los derechos fundamentales, mientras que un modelo institucional cerrado –por utilizar la expresión de Häberle- se centrará en dirimir los conflictos y disputas entre las distintas ramas del poder público, por lo cual no tendrá espacio para que el ciudadano participe directamente. Esta es la razón por la que un control judicial en el cual la ciudadanía participa, velando por la protección judicial de sus propios derechos, debe siempre garantizar un estudio de fondo y riguroso de las disposiciones que los afectan; mientras que un control judicial que dirime los conflictos entre ramas y en el cual la ciudadanía no puede participar, “tiende a desarrollarse basado fundamentalmente en argumentos de procedimiento mas que de contenido” (2004, 488).

En el caso de las Leyes Estatutarias, son realmente sorprendentes los resultados de la investigación en la medida en que parecería que los resultados contrariarían las conclusiones del primer análisis, en virtud que han habido en total 15 proyectos de Ley Estatutaria revisadas de oficio por la Corte Constitucional, a cada uno de los cuales se les ha hecho un minucioso análisis material, dejando como resultado artículos inexecutable, frases dentro de artículos inexecutable, interpretaciones condicionadas, etc.

⁶⁴ La totalidad de las cifras analizadas en el presente aparte obedecen a la misma Fuente: (Alviar, 2004)

Esto puede entenderse como el resultado de lo que la autora denomina participación ciudadana indirecta, dado que, si bien la Constitución no prevé la posibilidad de que los ciudadanos intervengan en el examen de Leyes Estatutarias, resulta notorio que este tipo de leyes,

Debido a la trascendencia de sus temas –derechos y deberes fundamentales de las personas, y los procedimientos y recursos para su protección; administración de justicia; organización y régimen de partidos y movimientos políticos; instituciones y mecanismos de participación ciudadana y estados de excepción-, se ha caracterizado por un amplio debate en la opinión pública, lo cual debe entenderse como una forma de participación ciudadana en el proceso (2004: 492).

En conclusión, debemos entender que los procesos de democratización del derecho, a través de la apertura de la *curia* jurídica a la sociedad civil deliberante y actuante, constituyen un compromiso con la democracia y la Constitución, no es sorpresa por lo tanto que las conclusiones de la investigación someramente reseñada supongan el reconocimiento de la forma en la que la ciudadanía ha venido apropiándose del ejercicio del derecho político que supone la Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Desde 1992 hasta marzo de 2004, se ha fallado 2.921 acciones públicas de inconstitucionalidad. Sin embargo, paralelamente al aumento en su utilización por parte de la ciudadanía, la Corte ha ido definiendo los criterios exigidos para entrar a estudiar a fondo una acción pública de inconstitucionalidad y, con el paso de los años, ha sido más exigente en el estudio de las acciones públicas de inconstitucionalidad. En consecuencia, en los últimos años ha aumentado el número de fallos inhibitorios, bien sea porque la Corte se declaró inhibida para fallar o porque la constitucionalidad de la norma ya había sido estudiada.

Y agrega,

Existe una diferencia importante en el examen de constitucionalidad de las normas dependiendo de si la ciudadanía puede o no participar en el proceso. Como resultado de esta investigación vemos que, en general, el examen de los tratados carece de intervención ciudadana y, habitualmente, termina declarando fácilmente la exequibilidad del tratado, al tener como objetivo principal controlar los conflictos de poder entre las ramas; los raros casos de inexecutable material de un tratado obedecen en cambio a decisiones de la Corte cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales. En estos casos excepcionales se presenta la intervención ciudadana y, como consecuencia, hay un examen más riguroso del contenido material de las normas.

La presión política que pesa sobre las Leyes Estatutarias explica que el examen de estas leyes sea más riguroso respecto del realizado sobre los tratados internacionales.

En virtud de lo expuesto hasta el momento, podemos concluir –en concordancia con la autora- que es la participación ciudadana, bien sea directa o indirecta, la que determina la prevalencia o preponderancia de ciertos objetivos de diseño institucional sobre otros; razón por la cual el sistema debe procurar evolucionar hacia formas flexibles de deliberación popular y de participación de la sociedad civil al interior de los procesos constitucionales –naturalmente dentro del marco de los derechos y deberes reconocidos como fundamentales-, para que de esta forma la Constitución y la cultura de los derechos se filtren cada vez más en el tejido social y contribuyan a permitirnos superar las anacrónicas estructuras políticas de corte clientelista y autoritaria, propias de la colonia⁶⁵, que someten a nuestro proyecto de democracia a populismos contingentes, y movilizan a la sociedad civil en contra de sus propias posibilidades de liberación y reconocimiento.

La cuestión que sigue del planteamiento que implica la potencialización de las tareas públicas del ciudadano, no limitando su actuar político al proceso electoral y legislativo (iniciativa popular), sino que llegando más allá, en la medida en que gracias a su vigilancia que le genera ser el titular de un control jurídico, le es posible participar en la anulación o invalidación de la Ley, que en su momento y a través de su actuar político (representación en el parlamento) ha podido contribuir a formar. A pesar de esto, cabe todavía preguntarse –con María Luisa Rodríguez (2000: 231)-: *¿Cómo es que una acción individual puede echar por la borda la manifestación de la mayoría representada en el Congreso, que a su vez ha sido discutida y aprobada con el respeto de los procedimientos democráticos y mayoritarios?, ¿Cómo es que en aras de un discurso democrático se elimina la obra misma de la democracia?, o si se quiere, ¿Cómo es que por esta acción se enfrenta la Ley como representación de un interés colectivo contra un interés individual?. Naturalmente, la respuesta a ambas preguntas ameritaría un nuevo trabajo, pero tengo la claridad que dichas respuestas sólo puede encontrarse al interior de la teoría de la democracia. Como vemos, democracia y Constitución, así como derecho constitucional y filosofía política se encuentran genealógicamente vinculados. En síntesis, ¡QUIEN PREFIERA NO HABLAR DE DEMOCRACIA, DEBERÁ CALLAR TAMBIEN CUANDO SE HABLE DE DERECHO CONSTITUCIONAL!*

⁶⁵ Un análisis de los anacronismos en la construcción del derecho moderno en Colombia, ejemplificado en ineficacia jurídica, autoritarismo y clientelismo entre otras realidades, en: Florez (2009c).

VI. BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, B. (1999) *La Política del Dialogo Liberal*. Barcelona: Gedisa.

ALEXANDER, L y SOLUM, L. (2005) "Book Review: Popular? Constitutionalism?". En: *Havard Law Review*, Vol 118.

ALVIAR, H. (2004) "Usos y Limites de la Acción Pública de Inconstitucionalidad". En: JULIO, A. (Coor.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

ARANGO, R. (ed) (2007) *Filosofía de la Democracia*. Bogota: UniAndes-Siglo del Hombre.

BARRANCOS Y VEDIA, F. (2004) "Legitimidad del Control Judicial de Constitucionalidad". En: *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia

BOBBIO, N. (1991) *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

BOURDIEU, P. (2000) *La Fuerza del Derecho*. Bogota: Siglo del Hombre editores – Uniandes.

— (2001) *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Editorial Desclee Brouwer.

CASTRO-GOMEZ, S. (2005) *La Hybris del Punto Cero. Ciencia, Raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.

— y MENDIENTA, E. (ed.)(1998) *Teorías sin Disciplina. Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate*. México: University of San Francisco-Porrúa.

—, GUARDIOLA, O y DE BENAVIDES, C. (ed.) (1999) *Pensar (en) los Intersticios. Teoría y Práctica de la Crítica Poscolonial*. Bogota: CEJA.

CARBONELL, M. (ed.) (2003) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.

CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2005) "La Democracia Constitucional y el Control Racional al Ejercicio del Poder (Aproximación al caso colombiano)". En: *Revista Cultural UniLibre*. Año 3 N°4 Agosto. Pp. 76-101

—, (2009) *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

CEPEDA, M. (1993) *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el desarrollo de la Constitución.

—, y MONTEALEGRE, E. (2004) *Prologo a: JULIO, A. (Coor.) Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CHAKRABARTY, D. (2008) "La Historia Subalterna como pensamiento político" En: MEZZANDRA, S. (Comp.) *Estudios Poscoloniales. Ensayos Fundamentales*. Madrid: Traficantes de Sueños.

CHAKRAVORTY, G. (2008) "Estudios de la Subalteridad. Reconstruyendo la Historiografía". En: MEZZANDRA, S. (Comp.) *Estudios Poscoloniales. Ensayos Fundamentales*. Madrid: Traficantes de Sueños.

ELSTER, J. (1984) *Ulises and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press.

—, (2002) *Ulises Desatado*. Barcelona. Gedisa.

DUSSEL, E. (1994) *Metáforas Teológicas de Marx*. Estella (Navarra): Verbo Divino.

—, (1992) *1492: El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del mito de la Modernidad*, Madrid: Nueva Utopía.

—, (1998) *La Ética de la Liberación ante el debate de Apel, Taylor y Vattimo con respuesta crítica de K.-O. Apel*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.

DWORKIN R. (1988) *Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.

—, (2007) ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos? En *Estudios de Derecho*, No 144, año LXIV.

FLOREZ MUÑOZ, D. (2008a) Del Contractualismo al Fascismo. Ponencia presentada en *III Congreso Iberoamericano de Filosofía*. Medellín – Colombia.

— (2008b) Justicia Transicional y Estado de Derecho en Colombia. Ponencia presentada en *VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Barranquilla – Colombia.

—(2009a) La Enfermedad del Contrato Social. Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Filosofía Política*. Tachira – Venezuela.

— (2009b) Estado de Derecho, Modernidad y Dialéctica de la Ilustración. Ponencia presentada en el *VIII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Manizales – Colombia.

— (2009c) Anacronismos Coloniales en la Construcción del Derecho Moderno en Colombia. En, España: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 12, 2009, pp. 301-327.

FRIEDMAN, B. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", en *New York University Law Review*, Tomo 73, 1998.

GARCÍA-JARAMILLO, L. "El Nuevo Derecho en Colombia. ¿Entelequia Innecesaria o Novedad Pertinente?". En: *Revista de Derecho*

GARCÍA-MANSILLA, M. (2009) *Estado Actual del Debate sobre el Control de Judicial Constitucionalidad en los Estados Unidos*. Buenos Aires. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

GARCÍA VILLEGAS, M. (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.

GARCÍA VILLEGAS M. y SANTOS B. (2004) *El Calidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogota: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Universidad de Coimbra.

GARGARELLA, R. (1996) *Justicia Frente al Gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel.

—, (2009) *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer*. (Versión facilitada por el autor)

—, "Acerca de Barry Friedman y el Constitucionalismo Popular Mediado". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. N°123. Pág. 167

GUARDIOLA, O. (2003) "Historia de un Asesinato por Ocurrir, contado a la manera de una novela policíaca" *LASA 2003*. Dallas, Texas: Paper delivered on March 27.

—, (2004) "El Porvenir de una Ilusión sobre el futuro del Derecho, Desde la Perspectiva de la Teoría Jurídica". En: *Revista Universitas*, Dic., N° 108. Pontificia Universidad Javeriana. Pp. 711-732.

—, (2006) "Famous Last Words: Constitucionalismo Popular y el lugar de la verdad en política y derecho". En: SANIN, R. (Coor.) *Justicia Constitucional*. Bogota: Legis.

—, (2008) "Tiempo de Excepción: El Extraño Retorno de la Religión en Política". En: Isegoria, Revista de Filosofía moral y Política. N° 39, julio-diciembre. Pp. 227-237.

HÄBERLE, P. (2001) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

—, (2002a) "Constitución como Cultura", En: HÄBERLE, P. *Constitución como Cultura*. Bogota: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

—, (2002b) "La Sociedad Abierta a los Interpretes", En: HÄBERLE, P. *Constitución como Cultura*. Bogota: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

HOYOS, G. (1998) Épilogo. En CORTINA, A. y CONILL, J. *Democracia participativa y Sociedad Civil. Una ética empresarial*. Bogota: Fundación Social-Siglo del Hombre.

JULIO, A. (coord.). (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Universidad Externado de Colombia.

KENNEDY, D. (1999) *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogota: Siglo del Hombre editores – UniAndes.

— (2000) Educación Legal como Preparación para la Jerarquía. En: Courtis, C. (comp) *Desde la Otra Mirada*. Traducido por Maria Luisa Piqué y Cristian Courtis. Buenos Aires: Eudeba.

— (2001a) Forma y Sustancia en la Adjudicación del Derecho Privado. En: García-Villegas, M. (2001).

— (2001b) Legal Formalism, En: *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*.

— (2002) The Critique of Rights in Critical Legal Studies. En Brown y Halley (eds) *Left Legalism / Left Critique*. Duke University Press.

— (2003) Prologo. En: Lopez Medina (2004) *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, p. xi – xix.

— (2004) The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought, En: 55 *Hastings Law Journal*.

KRAMER, L. (2001), "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court," 115 *Harvard University Press* 4.

— (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.

LEVINAS, E. (1977) *Totalidad e Infinito*. Salamanca: Sigueme.

LEVINSON, S. (1999), "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention," 4 *Widener Law Symposium Journal* 211.

LOPEZ MEDINA, D. (2004) *Teoría Impura del Derecho*. 3° Reimpresión. Bogota: Legis.

— (2006) *El Derecho de los Jueces*. 4° Reimpresión. 2° Edición. Bogota: Legis.

— (2009) ¿Por que Hablar de una Teoría Impura del Derecho para América Latina?. En BONILLA, D. (ed.) *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. Bogota: Siglo del Hombre-Uniandes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

MIGNOLO, W. (1995) *The Darker side of Renaissance*. Michigan: University of Michigan Press.

— (2000) *Local Histories/Global Designs*. Princeton: University of Princeton Press.

— (2001) (ed.) *Capitalismo y Geopolítica del Conocimiento*. Buenos Aires: Ediciones del Signo-Duke University.

OLANO, H. (2005). *Interpretación y Dogmática Constitucional*. Pról. Néstor Pedro Sagüés. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley.

RINCON S., J. "La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular" En: *Revista Vniversitas* n° 115, Enero-Junio vol. 2.

RODRIGUEZ, C. (2009) *La Globalización del Estado de Derecho*. Bogota: Uniandes-CIJUS.

SACHICA, L. (2000) *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Bogota: Temis.

SANIN, R. (2009a) *Democracia en tu cara, Democracy in your Face*. Versión facilitada por el autor.

— (2009b) *“Rescatando la Democracia del Liberalismo”*. Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.

— (2006) (coord.) *Justicia Constitucional*. Bogotá: Legis.

STICK, J. (1986) “Literary Imperialism: Assessing the Result of Dworkin’s Interpretive Turn in Law’s Empire” En: 34 *UCLA Law Review* 371.

TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.

VALENCIA V., H. (1982) *La Constitución de la Quimera: Rousseau y la Republica jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar*. Bogotá: Caja de Herramientas.

WALDRON, J. (1999) *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.