

COMENTARIOS A LA DIFÍCIL RECEPCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y LA DEFENSA POPULAR DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL¹

Daniel Eduardo FLOREZ MUÑOZ²

RESUMEN:

En el presente trabajo se realizará una aproximación a las ideas centrales del constitucionalismo global, las cuales sirven de contexto para el desarrollo de las corrientes denominadas neoconstitucionalistas, que definen y garantizan la defensa de los principios del Estado Constitucional, los Derechos Humanos y la Democracia Deliberativa. Defenderemos la tesis que considera a la Acción Pública de Inconstitucionalidad como condición idónea para materializar estas promesas, a partir de la construcción de vasos dialogantes entre Sociedad, Estado y Constitución, garantizando de esta forma la socialización e interiorización de los principios fundamentales de una democracia deliberativa sólida al interior del espíritu propio del patriotismo constitucional, evidenciando de esta forma los difusos límites entre el discurso constitucional y la filosofía política.

¹ El presente trabajo constituye una versión resumida de la segunda parte del Marco Teórico de la investigación, "*Los Límites Constitucionales de la Democracia: Tribunal Constitucional, Pueblo y Constitución*", del cual el autor es investigador principal y la cual se encuentra presupuestada para Julio como fecha de finalización, se encuentra adscrita a la línea "*Derecho y Sociedad*" perteneciente al Grupo de Investigación de **Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos**, liderado por el Doctor Yesid Carrillo de la Rosa, a quien el autor agradece profundamente los comentarios y críticas realizadas al presente artículo.

² Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena. 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*. Ha sido ponente en diversos Congresos Nacionales e Internacionales en temáticas de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía Política, y tiene publicaciones en revistas nacionales e internacionales y capítulos de libros en las materias referidas. daniel.florez@hotmail.es

PALABRAS CLAVES:

Estado Constitucional.- Constitución.- Democracia.- Derechos Constitucionales.- Acción Pública de Inconstitucionalidad.-

SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- El Estado Constitucional: Entre la constitucionalización del Derecho y el imperialismo constitucional.- III.- Nuevo Derecho en Colombia: Entre la pesadilla y el noble sueño.- IV.- El pueblo en defensa de la Constitución: La Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia.- V.- Conclusiones.- VI.- Bibliografía.-

I. INTRODUCCIÓN

Por mucho tiempo, al interior de las narrativas constitucionales que rigieron en Colombia, el derecho constitucional se nos mostraba como el escenario al interior del cual se fraguaban las luchas políticas más radicales de nuestra historia política, cada grupo o sector político modificaba la Carta Fundamental para de esta forma adecuar el ordenamiento y con él, al Estado mismo a su visión de sociedad, derecho y democracia.

La Constitución de 1991, supuso una ruptura al interior de esta dialéctica histórica de reformismo constitucional. En ella se contemplan tanto las cosmovisiones de vencedores como las de aquellos excluidos y minorías políticas, hasta el momento invisibilizados por la arrogancia de las mayorías. Constituye por lo tanto un verdadero pacto de paz y asegura el desarrollo de los procesos de democratización y redistribución que aún hoy requiere la realidad político social de Colombia. Con la Constitución de 1991 comienza al interior del ordenamiento jurídico colombiano un proceso de readecuación de las categorías jurídicas tradicionales a las exigencias de los nuevos tiempos globales. Esta evolución no puede realizarse sin mayores traumatismos al interior de la cultura jurídica colombiana.

En este artículo exploraremos algunas de estas reacciones, esbozando inicialmente las principales características de estos nuevos tiempos en los que asciende el Estado Constitucional como paradigma jurídico político, para mostrar luego las principales lecturas que tal fenómeno ha suscitado al interior de nuestra

cultura jurídica para finalizar con la defensa de una de las principales herramientas que el nuevo constitucionalismo ha tenido en su afán de construir un consenso constitucional mas plural y participativo, y que ha incentivado una mayor interacción de la sociedad civil con las instituciones del Estado al interior de los procesos de públicos, me refiero a la Acción Publica de Inconstitucionalidad la cual al permitir la participación directa de la ciudadanía en los procesos de definición de los contenidos de la carta fundamental, permite el desarrollo de una cultura constitucional que contribuye al afianzamiento de los principios de la democracia deliberativa y del patriotismo constitucional, los cuales deben ser entendidos como requisitos sociales para la construcción de democracias sólidas en las cuales la representación queda en segundo plano y se logran construir nuevos escenarios de deliberación popular a partir de los cuales es posible renovar constantemente los criterios de legitimidad institucional requeridos en las democracias modernas.

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

La idea de Estado Constitucional³ ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos⁴ a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes

³ El cual supone el agotamiento del paradigma del Estado Social legislativo de Derecho, dicho cambio de paradigma 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 especialmente: Häberle (2001) y Carbonell (2003). Una lectura radicalmente diferente que entiende al nacimiento de la idea del Estado moderno como acto de violencia sacrificial de necesaria renovación paradigmática, ver: Florez Muñoz (2009b). y Moncayo (2004)

⁴ La renovación constante del derecho constituye el principal elemento que permitiría a Teubner construir la teoria de la *autopoiesis del derecho*, la cual, desde la teoria 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 el lenguaje jurídico. Es decir, el derecho se crea a si mismo a partir de su lenguaje y en respuesta de las necesidades y cambios del sistema social. En relación a la renovación de las categorías jurídicas y la *autopoiesis*, ver especialmente: Teubner (2000: 94-143) y Habermas (2005: 143-198)

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 tanto 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 asociados⁵. 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 (García y Santos, 2004: 96). 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.

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 constitucionales⁶ 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*

⁵ 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.”*

⁶ 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)

*aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela*⁷; el poder de decir qué es el derecho implica el poder nominador de crear las restricciones o márgenes del poder político⁸, por lo tanto 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 que ya 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 de 1991, la jurisprudencia constitucional reclama un rol de verdadera fuente al interior del ordenamiento jurídico colombiano⁹, en virtud que la nueva Carta representa el ingreso de Colombia al contexto de lo que Bruce Ackerman ha denominado el "*asenso del constitucionalismo mundial*"¹⁰ (Ackerman, 1999), o nuevo constitucionalismo¹¹,

⁷ 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.

⁸ 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 por la fuerza oficial, la visión que determinado sector de la sociedad tiene de la democracia, el Estado y la Justicia. Por lo que constituye sin lugar a dudas un capital social nada despreciable. Al respecto ver: Bourdieu (2000: 155-220) y (2001: 165-225)

⁹ 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)

¹⁰ 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.

¹¹ Leonardo García Jaramillo (2008), identifica con base en la teoría de Miguel Carbonell, identifica la Constitución de 1991 como el comienzo en Colombia del Neoconstitucionalismo el cual vendría siendo evidenciado igualmente por la jurisprudencia constitucional y la renovación doctrinal, adoptando los criterios sugeridos por Carbonell 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 desarrollada principalmente por 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.

caracterizado por la defensa activa de los derechos fundamentales¹², una ampliación de las potestades de los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales¹³ y un pronunciado acento en el modelo argumentativo de aplicación del derecho¹⁴. 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. Aun el derecho civil¹⁵ 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 pueda considerarse especialista en una rama del derecho sin un mínimo manejo de la dogmática de los derechos fundamentales que la fundamentan la rama en cuestión. El Derecho Constitucional por lo tanto es más que un simple referente, constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las disciplinas jurídicas deben encontrar sus raíces si pretenden seguir conservando su rotulo; 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.

¹² Al respecto ver: Alexy (2003) y (1993)

¹³ Al respecto ver: Zagrebelsky (2006); Ferrajoli (2003)

¹⁴ Al respecto ver: Garzón Valdez y Laporta (2000: 231-266).

¹⁵ Es precisamente con un caso de derecho civil, con el cual empieza el proceso de constitucionalización del Derecho a nivel mundial, y que está 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 ya que viola la libertad y la honra del pueblo judío, el director lo demanda en virtud del contrato existente y el productor pierde en el tribunal, pero este último 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 legitimado el productor para incumplir el contrato.

Este nuevo derecho Constitucional naciente¹⁶, en contraposición al constitucionalismo continental clásico, entiende la necesidad de ubicarse y responder históricamente a su propio tiempo, es decir, tomar 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 necesidad 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 dado¹⁷ en la medida en que su propia textura abierta deja la puerta abierta a la interpretación; Al respecto David Mercado considera que,

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.(Mercado, 2008: 170)

El nuevo constitucionalismo en Colombia, significó por lo tanto 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 finalmente edificándose como Derechos Fundamentales. Estos últimos constituyeron el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho, es así como la dogmática de los Derechos Fundamentales, alimentada principalmente por las obras de Robert Alexy (1993), 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

¹⁶ En relación al desarrollo que ha tenido a nivel dogmático en Colombia ver especialmente: Alexey (2007), Cepeda (1993), y SÁCHICA (2000)

¹⁷ Resulta interesante para explicar este cambio, la expresión del profesor Oscar Guardiola, cuando afirma del ingrediente Crono-tópico, como elemento que permite entender el momento histórico-espacial concreto, ver: (2009).

constitucionalistas, pero que sin duda alguna comenzaba ya a dar las claves más concretas en la utilización dogmática de los Derechos Fundamentales¹⁸ (Lopez, 2009: 49).

Este “giro interpretativo” que ha tenido el derecho a nivel global¹⁹ -atribuido a los influyentes trabajos de Ronald Dworkin²⁰- se ha mostrado como una nueva revuelta en contra de aquel formalismo profundamente emparentado con el “clasicismo jurídico”²¹, en la medida en que la palabra “interpretación” tendía a aparecer como una llave, para abrir aquel baúl 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 jurídica 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 ordinarios²²” (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

¹⁸ Véase al respecto: Alexy (1993) y en el mismo sentido los trabajos de Arango (2005) y Borowski (2003).

¹⁹ 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).

²⁰ 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: (1984), (1988) y (2007)

²¹ El concepto de “Clasicismo Jurídico” ha sido críticamente desarrollado por el profesor Diego Lopez Medina, en: (2004) y (2009: 47)

²² 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).

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, así 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 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 como, 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 sobretodo en materias económicas y políticas suscitan fuertes críticas desde distintos sectores de la academia jurídica colombiana, 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 reacciones que este nuevo derecho ha suscitado al interior de algunos sectores de la comunidad jurídica colombiana.

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

Esta nueva realidad constitucional y política suponen la existencia de una estructura institucional y una cultura constitucional que permita el desarrollo de un modelo de democracia deliberativa posconvencional, en otros términos, se

requieren –en términos kantianos- de “*condiciones de posibilidad*” para que estas discusiones tengan asidero e implicaciones reales en el contexto nacional, pero muy a pesar de esta necesidad política y modernizadora al interior de la historia constitucional colombiana existen – utilizando las palabras de H. L. A. Hart-, lo que sería la reacción de Pesadilla y la del Noble Sueño hacia este nuevo derecho en Colombia, suscitada especialmente en relación al desarrollo dado por la Corte Constitucional a su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Quien adecua 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 Derechos* (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 contra posición de esta visión ejemplificada en el Realismo Jurídico Norteamericano y sus herederos neorrealistas los Critical Legal Studies²³; encontramos la posición denominada del Noble Sueño, caracterizada por la

²³ 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 denomino, los oscuros presupuestos ideológicos del derecho privado y la educación legal, ver especialmente: Kennedy (2000), (2001a), (2001b), (2002), (2003) y (2004).

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, ejemplificada 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.

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 legalista²⁴ 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 el 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 variante 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

²⁴ En relación a la idea de Formalismo Jurídico en sus múltiples variantes, ver: Carrillo de la Rosa (2009); Bobbio (1991: 11-37) y Lopez (2006: 265-316). Respecto a la recepción y desarrollo del Formalismo jurídico en Colombia, ver: Lopez (2004); (2006: 3-28).

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 Derecho.

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 que la obliga a crear una teoría material de la Constitución, que posibilite la objetivización de una 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.

Esta 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: 19-20).

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, usado 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, como el desarrollo del Constitucionalismo Contemporáneo en Colombia, no ha sido pacífico, en la medida en que ha encontrado fuertes opositores, tanto en judicatura, como el doctrina y 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, mas que ser ideales políticos serán realidades tangibles y exigibles judicialmente. Solo cabe preguntar, ¿Cual 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 actuando políticamente garantiza la integridad del texto constitucional, me refiero a la Acción Publica de Inconstitucionalidad, contemplada en el numeral 6 del artículo 40 de la Carta Magna y veremos bajo que principios podemos construir nexos de determinación entre la participación ciudadana y la 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 la que la Acción Publica 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 dialogo entre sociedad e instituciones publicas.

La Acción Publica de Inconstitucionalidad en Colombia (en adelante API), constituye sin duda alguna, una herramienta eficaz de participación democrática efectiva. Precisamente su efectividad reside en el considerable aumento en su implementación por parte de los ciudadanos, así como la exigencia que sobre los jueces dicha participación ciudadana implica –este cambio se evidencia cuando contrastamos la API con los controles oficiosos-. 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 limites 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 Constitucional²⁵, en esta segunda parte del análisis fundamentaremos

²⁵ En cuanto a la noción de Patriotismo Constitucional como garantía de una cohesión social posconvencional, ver especialmente: Habermas (2005:)

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 Colombia²⁶, dando nuevos argumentos para coadyuvar sus conclusiones.

El control de constitucionalidad en los Estados modernos, constituye una garantía básica dentro del Estado de Derecho con el fin de hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución. El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución 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, como la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla 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 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

²⁶ 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 este el estudio mas riguroso y actual de la misma, por tal motivo lo tomo como criterio de referencia principal en la construcción del presente aparte del artículo.

de la ley²⁷, 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 atenten contra sus preceptos y principios, a saber: la API²⁸, la acción de nulidad por inconstitucionalidad²⁹, la acción de tutela³⁰ y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad³¹, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución³².

²⁷ Numeral 6 del Artículo 40 de la Constitución Política.

²⁸ Artículo 241 y ss. de la Constitución Política.

²⁹ Numeral 2 del Artículo 237 de la Constitución Política.

³⁰ Artículo 86 de la Constitución política.

³¹ La Corte constitucional, en varias oportunidades ha definidos los márgenes que separan el control de constitucionalidad por vía de acción de aquel 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 inexequibilidad, 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 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,

Vemos como 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- y por vía de acción –también denominado concentrado dado que la norma examinada puede ser retirada definitivamente del ordenamiento-, de igual forma el Constituyente estipulo otros medios para garantizar la primacía de Constitución³³, los cuales no serán objeto de este trabajo.

Como toda acción, la API³⁴, goza de una serie de requisitos para su viable evaluación por parte de la Corte Constitucional, por lo que dicha acción exige como requisito, 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 no será considerada.

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

dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella."

³² Es necesario aclarar que estas 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, como 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 la autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana."

³³ Ver, pie de pagina (55).

³⁴ Es preciso anotar, que la Acción Publica de Inconstitucionalidad ingresa al ordenamiento jurídico colombiano, a través del Acto Legislativo 03 de 1910, artículo 41.

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).

Recordemos que a parte 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 solo al accionante de la API. Continuando con el estudio de dicha acción, esta solo puede ser promovida contra los actos reformativos de la Constitución (únicamente por vicios de procedimiento)³⁵, contra las leyes (tanto de fondo como de forma)³⁶ y contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno³⁷ (por su contenido y forma)³⁸. 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 publicación³⁹, si por el contrario se tratase de cargos sobre 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 automáticamente⁴⁰ y las que requieren un accionante, tienen el propósito de resaltar el 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 los realizados a las Leyes Estatutarias; esto en razón

³⁵ Numeral 1 del Artículo 241 de la Constitución Política.

³⁶ Numeral 4 del Artículo 241 de la Constitución Política.

³⁷ Con fundamento en el artículo 341 y 150 numeral 10 de la Constitución Política.

³⁸ Numeral 5 del Artículo 241 de la Constitución Política.

³⁹ Numeral 3 del Artículo 242 de la Constitución Política.

⁴⁰ 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.

que se consagren los dos extremos de los modelos de revisión constitucional y 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 judicial⁴¹.

En relación a las sentencias que revisan los Tratados Internacionales (1.683 en total)⁴² 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 estas sólo 3 declararon la inconstitucionalidad de una norma, siempre por vicios de forma (falta de publicidad de la ponencia en la Gaceta judicial, omisión de artículos en el curso de deliberación); este entre otros ejemplos, evidencian como el control de la Corte sobre los Tratados Internacionales se concentra principalmente en los vicios de forma mas que en las fallas materiales que comprometan la constitucionalidad misma de los tratados.

Esto permite a la profesora Alviar, comentar que *“en termino 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

⁴¹ No resulta sorpresa por lo tanto que la acción publica 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.

⁴² La totalidad de las cifras analizadas en el presente aparte obedecen a la misma Fuente: (Alviar, 2004)

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 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 sorprendente los resultados de la investigación en la medida en que parecería que los resultados contrariaran las conclusiones del primer análisis, en virtud que han habido en total, 15 proyectos de Ley Estatutaria revisadas de oficio por la Corte Constitucional, de los cuales a todos se les ha hecho un minucioso análisis material dejando como resultado, artículos inexecutable, frases dentro de artículos inexecutable, interpretaciones condicionadas, etc.

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 –derecho 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, es 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 inexecuibilidad material de un tratado obedecen en cambio a decisiones de la Corte cuyo 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. (2004: 493)

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 en 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 mas en el tejido social y contribuya a permitimos superar las anacrónicas estructuras políticas de corte clientelistas y autoritarias, propias de la colonia⁴³ que someten a nuestro proyecto de democracia a populismos contingentes y movilizand

⁴³ Un análisis de los anacronismos en la construcción del derecho moderno en Colombia, ejemplificado en ineficacia jurídica, autoritarismo, pluralismo jurídico y clientelismo entre otras patologías socio-jurídicas, en: Florez (2009a).

sociedad civil en contra de sus propias posibilidades de liberación y reconocimiento.

V. CONCLUSIONES

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 puede 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 a 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 solo puede encontrarse al interior de la teoría de la democracia, como vemos, Democracia y Constitución así como Derecho Constitucional y Filosofía Política se encuentran profundamente vinculados, por lo que si algo ha reafirmado la difícil recepción del Estado Constitucional al interior de la comunidad política colombiana y su expresión más concreta en la acción pública de inconstitucionalidad, es la imposibilidad de judicatura y de los expertos del derecho, de apartarse en cada una de sus consideraciones del proyecto modernizador y democratizador que el neoconstitucionalismo implica, así pues, hoy en Colombia es válido afirmar que, ¡QUIEN PREFIERA NO HABLAR DE DEMOCRACIA, DEBERÁ CALLAR CUANDO SE HABLE DE DERECHO CONSTITUCIONAL!.*

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. ACKERMAN, B. (1999) *La Política del Dialogo Liberal*. Barcelona: Gedisa.
2. ALEXY, R. (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. ALEXEY, J. (2007) (Coor.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

4. ALVIAR, H. (2007) "Usos y Limites de la Acción Publica de Inconstitucionalidad". En: ALEXEY, J. (Coor.) *Teoria Constitucional y Políticas Públicas*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
5. ARANGO, R. (2005) *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogota: Legis.
6. BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia
7. _____ (2007) "La fuerza Vinculante del Pecedente en el orden jurídico colombiano" En: ALEXEY, J. (Coor.) *Teoria Constitucional y Políticas Públicas*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
8. BOBBIO, N. (1991) *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
9. BOURDIEU, P. (2000) *La Fuerza del Derecho*. Bogota: Siglo del Hombre editores – Uniandes.
10. _____ (2001) *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Editorial Desclee Brouwer.
11. BOROWSKI, M. (2003) *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
12. CARBONELL, M. (ed.) (2003) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
13. 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.
14. _____, (2009) *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho*. Bogota: Editorial Doctrina y Ley.
15. CEPEDA, M. (1993) *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un Nuevo Constitucionalismo*. Bogota: Consejería para el Desarrollo de la Constitución.

COMENTARIOS A LA DIFÍCIL RECEPCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA...

16. CIFUENTES, E. (2006) *Prologo a Segunda Edición*. En: LOPEZ, D. *El Derecho de los Jueces*. Bogota: Legis.
17. CEPEDA, M. (1993) *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogota: Consejería para el desarrollo de la Constitución.
18. DWORKIN, R. (1984) *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
19. _____, (1988) *Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
20. _____, (2007) "¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos?". En: *Estudios de Derecho*, No 144, año LXIV.
21. FLOREZ MUÑOZ, D. (2009a) "La Enfermedad del Contrato Social." Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Filosofía Política*. Táchira – Venezuela.
22. _____ (2009b) "Anacronismos Coloniales en la Construcción del Derecho Moderno en Colombia". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 12, pp. 301-327.
23. GARCÍA-JARAMILLO, L. (2008) "El Nuevo Derecho en Colombia. ¿Entelequia Innecesaria o Novedad Pertinente?". En: *Revista de Derecho*
24. GARCÍA VILLEGAS, M. (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.
25. 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
26. GARZON VALDEZ, E. y LAPORTA, F. (2000) *Derecho y Justicia*. Madrid: Trotta.
27. HABERMAS, J. (2005) *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
28. HÄBERLE, P. (2001) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

29. KENNEDY, D. (1999) *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre editores – UniAndes.
30. _____ (2000) “Educación Legal como Preparación para la Jerarquía”. En: Curtis, C. (comp) *Desde la Otra Mirada*. Traducido por Maria Luisa Piqué y Cristian Curtis. Buenos Aires: Eudeba.
31. _____ (2001a) “Forma y Sustancia en la Adjudicación del Derecho Privado”. En: GARCÍA VILLEGAS, M. (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
32. _____ (2001b) “Legal Formalism”, En: *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*.
33. _____ (2002) “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”. En Brown y Halley (eds) *Left Legalism / Left Critique*. Duke University Press.
34. _____ (2003) “Prologo”. En: Lopez Medina (2004) *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Bogotá: Legis.
35. _____ (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: *Hastings Law Journal* 55.
36. LOPEZ, D. (2006) *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
37. _____ (2007) “Desarrollos recientes de la Doctrina del precedente judicial en Colombia”. En: ALEXEY, J. (Coor.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
38. _____ (2009) “¿Por que hablar de una Teoría Impura del Derecho para América Latina?”. En: Bonilla, D. (Coor.) *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos*. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Universidad Javeriana.
39. MERCADO, D. (2008) *Manual de Teoría Constitucional*. Bogotá: Quito Editores.

COMENTARIOS A LA DIFÍCIL RECEPCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA...

40. MONCAYO, V. (2004) *El Leviatán Derrotado*. Bogota: Norma.
41. OLANO, H. (2005). *Interpretación y Dogmática Constitucional*. Pról. Néstor Pedro Sagüés. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley.
42. RODRIGUEZ, C. (2009) *La Globalización del Estado de Derecho*. Bogota: Universidad de los Andes.
43. RODRIGUEZ, M. (2000) "La Dificultad Contra-Mayoritaria en el Caso colombiano. Acción Publica de Inconstitucionalidad y Democracia Participativa". En: *Revista de Derecho del Estado* N° 8, pp. 213-253.
44. SACHICA, L. (2000) *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Bogota: Temis.
45. STICK, J. (1986) "Literary Imperialism: Assessing the Result of Dworkin's Interpretative turn in Law's Empire" En: *UCLA Law Review* N° 34.
46. TEUBNER, G. (2000) "Elementos materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno". En: TEUBNER, G. y BOURDIEU, P. *La Fuerza del Derecho*. Bogota: Uniandes-Universidad Javeriana-Siglo del Hombre.
47. VALENCIA VILLA, H. (1982) *La Constitución de la Quimera: Rousseau y la Republica jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar*. Bogota: Caja de Herramientas.