

La sociedad civil y los tribunales constitucionales: estado del arte sobre la influencia y el control de la sociedad civil sobre la Corte Constitucional de Colombia

Carlos Andrés Peralta Hernández

Trabajo de Grado para optar al título de
Magíster en Filosofía

Director

Dr. Andrés Botero Bernal

Doctor en Derecho Universidad de Buenos Aires

Doctor en Derecho Universidad de Huelva

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Filosofía

Maestría en Filosofía

Bucaramanga

2021

En memoria de José Agustín Peralta Castellanos, mi papá.

Tabla de Contenido

	Pág.
Introducción	8
1. Los tribunales Constitucionales	12
1.1 Orígenes históricos.....	13
1.2 Estados Unidos y el modelo americano de control constitucional	14
1.3 El caso <i>Marbury vs. Madison</i> y su influencia en la consolidación de la <i>judicial review</i>	15
1.4 La consolidación de la <i>judicial review</i> en el sistema jurídico estadounidense después de caso <i>Marbury vs. Madison</i>	21
1.5 La justicia constitucional en Europa	28
1.6 La justicia constitucional en América Latina.....	33
1.7 La justicia constitucional en Colombia.....	40
2. La sociedad civil	47
2.1 El concepto de sociedad civil en la historia	47
2.2 Prólogo al concepto de sociedad civil: Hobbes y Rousseau	48
2.3 Introducción: La sociedad civil hegeliana	51
2.4 Desarrollo: La sociedad civil gramsciana	54
2.5 Epílogo: La sociedad civil y el debate contemporáneo	59
2.5 La Corte Constitucional de Colombia y el concepto de sociedad civil	65
3. La sociedad civil como control de la Corte Constitucional de Colombia: Estado del arte.....	70
3.1 Juez constitucional fuerte con menor participación de la sociedad civil en la toma de decisiones	75
3.1.1 Kelsen	75

3.1.2 Dworkin y Alexy.....	79
3.2 Juez constitucional débil con participación de la sociedad civil en la toma de decisiones	83
3.3 Juez constitucional dialógico con participación e influencia de la sociedad civil en la toma de decisiones.....	85
3.3.1 Agudelo (2014)	86
3.3.2 Uprimny (2008); Uprimny y Sánchez (2012).....	89
3.3.3 Aguirre et al. (2016); Habermas (2005); Mejía (2005, 2012); Rawls (2006, 2009, 2012)..	93
3.4 Juez constitucional ‘fuerte’ con participación e influencia de la sociedad civil en la toma de decisiones.....	107
3.4.1 Botero (2017).....	107
3.4.2 Cepeda (2007).....	111
3.4.3 Amaya (2017)	113
3.4.4 Rousseau (2002).....	115
3.4.5 Saffón y García (2011), García (2012)	119
3.5 Juez constitucional dialógico con participación ex post de la sociedad civil derivada de las órdenes impartidas en las respectivas providencias.....	122
3.6 Juez constitucional débil con absoluta participación de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución	124
3.6.1 El constitucionalismo popular y sus alrededores	124
4. Conclusiones.....	134
Referencias Bibliográficas	138

Lista de tablas

Tabla 1. Clasificación de la literatura	72
Tabla 2. Comparación entre la postura de Kelsen y la postura de la Corte Constitucional	78

Resumen

Título: La sociedad civil y los tribunales constitucionales: estado del arte sobre la influencia y el control de la sociedad civil sobre la Corte Constitucional de Colombia*

Autor: Carlos Andrés Peralta Hernández**

Palabras claves: Sociedad civil, juez constitucional, democracia, participación ciudadana.

Descripción

El texto reconstruye los inicios históricos de la justicia constitucional y de los tribunales constitucionales como hermeneutas autorizados de la Constitución, a su vez que rastrea los orígenes y la naturaleza semántica del concepto de sociedad civil. Lo anterior, a efectos de construir un marco teórico que permita analizar la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, con base en las distintas posturas doctrinales al respecto, y contrastándolas con la jurisprudencia del Alto Tribunal. En este ejercicio de recopilación bibliográfica hallamos seis posturas doctrinales en torno al tema de investigación. En primer lugar, encontramos los autores que defienden la existencia del juez constitucional “fuerte” cuya interpretación de la Constitución no depende necesariamente de la participación de la sociedad civil. En segundo lugar, localizamos la posición hermenéutica que defiende la interacción dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero que otorga mayor primacía a la primera que al segundo. Una tercera postura, que puede denominarse “punto intermedio”, defiende, igual que el anterior, la participación dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero otorgando igual relevancia al primero y al segundo, y dejando en claro la autonomía y la legitimidad del juez constitucional. En cuarto lugar, se agruparon los autores que, si bien defienden la participación e influencia de la sociedad civil en las decisiones del juez constitucional, reconocen que este último es “más fuerte”. Así también, identificamos una quinta actitud que, si bien concibe al juez constitucional como un juez dialógico, destaca la participación de la sociedad civil no en las decisiones (ex ante) sino una vez proferidas las providencias (ex post). Por último, en sexto lugar, se presentan los autores que defienden la participación absoluta de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución, mostrando cierto grado de hostilidad hacia el poder judicial.

* Trabajo de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director Andrés Botero Bernal. Doctor en Derecho

Abstract

Title: Civil society and the constitutional courts: state of the art on the influence and control of civil society over the Constitutional Court of Colombia*

Author: Carlos Andrés Peralta Hernández**

Keywords: Civil society, constitutional judge, democracy, citizen participation.

Description

The text reconstructs the historical roots of constitutional justice and the constitutional courts as authorized hermeneuts of the Constitution; at the same time, the origins and semantic nature of the concept of civil society are traced. The foregoing, in order to build a theoretical framework that allows the analysis of the influence of civil society on the decisions made by the Constitutional Court of Colombia, based on the different doctrinal positions, and contrasting them with the jurisprudence of the High Court. In this bibliographic compilation, we found six doctrinal positions around the research topic. First, we found the authors who defend the existence of the “strong” constitutional judge whose interpretation of the Constitution does not necessarily depend on the participation of civil society. Second, we located the hermeneutical position that defends the dialogical interaction between civil society and the constitutional judge, yet it gives more importance to the former than to the latter. A third position, which can be called the “intermediate point”, advocates for the dialogical participation between civil society and the constitutional judge as in the previously mentioned, but it grants equal relevance to both of them clearly stating the autonomy and legitimacy of the constitutional judge. In fourth place, a group of authors agree on defending the participation and influence of civil society in the decisions of the constitutional judge, but they acknowledge the latter is “stronger”. In a similar fashion, although the fifth position conceives the constitutional judge as a dialogical judge, it highlights the participation of civil society not in the decisions per se (ex ante) but once the orders have been rendered (ex post). Finally, in sixth place authors who defend the absolute participation of civil society in the interpretation of the Constitution are presented.

* Degree Work

** Faculty of Human Sciences. School of Philosophy. Director Andrés Botero Bernal. Doctor of Law

Introducción

La presente investigación surge de una inquietud académica: si las decisiones de los Tribunales Constitucionales en general, y de la Corte Constitucional de Colombia en particular, obedecen a procesos dialógicos en los que interactúan agentes exógenos al aparato burocrático institucional, pertenecientes a la sociedad civil o si, por el contrario, no es necesaria ni prudente la intervención de la sociedad civil en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

Así pues, la investigación se divide en tres capítulos. En el primer capítulo se reconstruyen los cimientos de la justicia constitucional a partir de la *judicial review* proveniente del sistema de justicia estadounidense. En este apartado, se analizó en extenso el caso *Marbury vs Madison* y su influencia en la consolidación de la *judicial review*, de la cual se concluyeron aportes significativos como el carácter normativo y la supremacía de la Constitución, la aplicabilidad directa del texto constitucional por todos los jueces y los tribunales y la posición del Tribunal Supremo como guardián y máximo intérprete de la Constitución. Concluimos también que los orígenes de la justicia constitucional son políticos, más que jurídicos. De otra parte, explicamos la consolidación de la *judicial review* en el sistema jurídico estadounidense derivada del ‘legado’ jurídico y político de la sentencia *Marbury vs. Madison*.

Posteriormente, rastreamos los inicios de los Tribunales Constitucionales en Europa como hermeneutas autorizados de la Constitución, a partir de los postulados iusfilosóficos de Hans Kelsen. Así también, siguiendo a Dominique Rousseau (2002), reconstruimos las tres etapas fundamentales del desarrollo de la justicia constitucional en Europa occidental. La primera etapa, denominada ‘periodo austriaco’, se configuró tras la Primera Guerra Mundial. La segunda etapa se vincula con la finalización de la Segunda Guerra Mundial teniendo en cuenta

las características políticas propias del contexto histórico: debacle del nazismo y del fascismo, desconfianza de la democracia mayoritaria y necesidad de crear una institución dentro del Estado que salvaguardara los derechos humanos incluso en contra de las mayorías políticas y parlamentarias, lo cual propició la tercera etapa, en la que se consolidó el control de constitucionalidad tal como lo conocemos en la actualidad, a partir de los años setenta hasta nuestros días.

Por último, rastreamos los orígenes de la justicia constitucional en América Latina, con especial énfasis en los antecedentes históricos al control de constitucionalidad en Colombia hasta la consagración de la Corte Constitucional en 1991. En este orden, encontramos que México fue uno de los primeros países en incorporar en su sistema jurídico el control de constitucionalidad de las leyes, con la Constitución Federal de 1824, seguido por Argentina, Venezuela, Ecuador, Guatemala, Perú y Chile. El caso de Colombia lo tratamos de manera independiente, en atención a su importancia y tradición, la cual se remonta a los inicios del siglo XIX con la Constitución de Cundinamarca de 1811, en la cual se estableció un órgano denominado *Senado de censura y protección* que estaba compuesto de 5 miembros y ejercía su competencia “no solo de oficio sino a solicitud de cualquier ciudadano (artículo 9), lo cual es un antecedente claro de la acción popular de inconstitucionalidad, luego consagrada en 1910” (Cepeda, 2007, p. 13), aunque no se trataba de un órgano jurisdiccional. También se mencionan las distintas reformas llevadas a cabo en el siglo XX, relacionadas con el control de constitucionalidad de las leyes, hasta la expedición de la Constitución de 1991 y la consagración de la Corte Constitucional como hermeneuta de la Carta Política.

En el segundo capítulo intentamos conjurar la dificultad académica que reviste el concepto de sociedad civil, el cual, a diferencia del concepto de Estado, resulta polisémico,

difuso y difícil de precisar en las sociedades complejas de la actualidad. Teniendo en cuenta la anterior complejidad conceptual, la bibliografía consultada nos permitió establecer algunos criterios hermenéuticos que posibilitan comprender el concepto de sociedad civil de acuerdo con cuatro episodios que podríamos asemejar a la estructura más común de un libro: prólogo, introducción, desarrollo y epílogo. En primer lugar, pudimos ubicar una etapa previa o un prólogo a lo que habría de ser la sociedad civil como la conocemos hoy, cuya base es el contractualismo encarnado por Hobbes y Rousseau. En segundo lugar, tenemos la introducción del concepto cuyo principal exponente es Hegel. En tercer término, identificamos un desarrollo de dicha noción abanderado por Gramsci; y, por último, un “epílogo” en cabeza de Cohen y Arato (2002) sobre la sociedad civil y el debate contemporáneo. Posteriormente, se elaboró un acápite para rastrear el concepto de sociedad civil concebido por la Corte Constitucional de Colombia.

El tercer capítulo corresponde a la recolección y análisis de la literatura en torno al papel del juez constitucional y la influencia de la sociedad civil en las sentencias sobre la constitucionalidad de las leyes. En este ejercicio de recopilación bibliográfica encontramos seis posturas doctrinales en torno al tema de investigación. En primer lugar, agrupamos los autores que defienden la existencia del juez constitucional “fuerte” cuya interpretación de la Constitución no depende necesariamente de la participación de la sociedad civil; entre estos autores se destacan Kelsen¹ (1979, 2011), Dworkin (1992, 2015) y Alexy (1993). En segundo

¹ No obstante, se hace necesario hacer una salvedad con respecto a la clasificación de este autor como defensor del juez constitucional “fuerte”. Naturalmente, el juez constitucional kelseniano solo puede actuar como legislador negativo, es decir, anulando los actos del legislativo que contraríen el texto constitucional, circunstancia que lo hace más “débil” que los jueces constitucionales actuales. Con todo, el término “fuerte” aquí utilizado debe interpretarse *con respecto a* la influencia de la sociedad civil en sus decisiones.

lugar, localizamos la posición hermenéutica que defiende la interacción dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero que otorga mayor primacía a la primera que al segundo (Marín, 2006). El tercer hilo interpretativo, que puede denominarse “punto intermedio”, defiende, igual que el anterior, la participación dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero otorgando igual relevancia al primero y al segundo, y dejando en claro la autonomía y la legitimidad del juez constitucional. Esta posición hermenéutica reviste distintos matices, según los autores Aguirre et al. (2016), Agudelo (2014), Habermas (2005), Mejía (2005, 2012), Uprimny (2008), Uprimny y Sánchez (2012) y Rawls (2006, 2009, 2012).

En cuarto lugar, se agruparon los autores que si bien defienden la participación y la influencia de la sociedad civil en las decisiones del juez constitucional, reconocen que este último es “más fuerte”, no solo por las facultades que la Constitución le otorga, sino porque a partir de su jurisprudencia, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia (Botero, 2017, Cepeda, 2007, Saffón y García, 2011, García, 2012) el Alto Tribunal ha adquirido poderes que lo erigen como *primus inter pares* respecto de los demás poderes tanto de la rama judicial en particular, como del Estado en general. También se encuentran Rousseau (2002) y Amaya (2017) apoyando esta postura.

Así también, identificamos una quinta actitud interpretativa que, si bien concibe al juez constitucional como un juez dialógico, destaca la participación de la sociedad civil no en las decisiones (ex ante) sino una vez proferidas las providencias (ex post), de ello dan cuenta con gran acierto Rodríguez (2010, 2013), Rodríguez y Rodríguez (2015) y Barroso (2017). Por último, en sexto lugar, se presentan los autores que defienden la participación absoluta de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución, mostrando cierto grado de hostilidad hacia el poder judicial. Por esta razón, fueron clasificados entre quienes abogan por un “juez

constitucional débil–participación absoluta de la sociedad civil”, posición defendida por Flórez (2011b); Elster (1989), Ely (1997), Gargarella (1996), Kramer (2011) y Mouffe (1999). Finalmente, se presentan las respectivas conclusiones.

1. Los tribunales Constitucionales

1.1 Orígenes históricos

La consolidación de la justicia constitucional es un fenómeno relativamente reciente. Si para hablar de democracia es preciso retrotraernos más de veinte siglos, para aproximarnos a la justicia constitucional debemos ubicarnos mucho más acá en el tiempo. En estricto sentido, la justicia constitucional, tal como la conocemos hoy, se robusteció con posterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial. Ahora bien, en un sentido más amplio, algunos autores han rastreado los inicios de los Tribunales Constitucionales en la Edad Media (Castaño, 2010), por lo menos en sus fundamentos filosóficos relacionados con las limitaciones al poder absoluto del monarca. Con todo, la doctrina ha sido más o menos coherente en establecer al menos tres grandes antecedentes u orígenes de la justicia constitucional, cada uno con sus matices y particularidades.

En primer lugar, encontramos la *judicial review* a partir del desarrollo jurisprudencial en cabeza de la Corte Suprema de los Estados Unidos, siguiendo las investigaciones de Agudelo (2014), Amaya (2017) y Castaño (2010). Seguidamente, se vislumbra el proceso de constitucionalización del derecho, creación y fortalecimiento de los Tribunales Constitucionales en Europa partiendo de los postulados de Hans Kelsen (Rousseau, 2002). Por último, hallamos la justicia constitucional en América Latina a partir de los dos desarrollos anteriores y con las particularidades propias de la región acudiendo a los estudios de Agudelo (2014), Ballesteros (2001), Cepeda (2007) y otros.

En este orden, en un primer momento se hará referencia a la *justicia constitucional* como fenómeno histórico [Estados Unidos], para posteriormente referirnos a los Tribunales Constitucionales como el *leitmotiv* de las democracias constitucionales en la contemporaneidad [Europa y América Latina].

1.2 Estados Unidos y el modelo americano de control constitucional

La Constitución de los Estados Unidos de América no establece un control de constitucionalidad de las leyes², como podría pensarse *prima facie*. La redacción del texto a cargo de los constituyentes de 1787 es particularmente inexplicita frente a la naturaleza del poder judicial (Rousseau, 2002, p. 8). El artículo II, Sección Segunda, de la referida Constitución, otorga al presidente la facultad de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siempre que concurra el consentimiento del Senado. Se establece, asimismo, en el artículo III, Sección Primera, que el Poder Judicial de los Estados Unidos será depositado en la Corte Suprema y en las Cortes inferiores instituidas por el Congreso.

En cuanto a sus competencias y funciones, la Sección Segunda del citado artículo II precisa que el Poder Judicial entenderá de todas las controversias que surjan “como consecuencia de esta Constitución”. Grosso modo, es todo lo que se dice del Supremo poder judicial en la Constitución de los Estados Unidos. No obstante, en la teoría constitucional contemporánea, el modelo de control de constitucionalidad estadounidense es una referencia insoslayable. En este sentido, ¿cómo entender la *judicial review* si no hace parte, en términos formales, de la arquitectura constitucional de los Estados Unidos de América? La doctrina ha sido más o menos pacífica en determinar los inicios de la *judicial review* a partir de la celeberrima sentencia

² Amaya explica que el hecho de que el modelo de control de constitucionalidad no aparezca de manera explícita en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica puede explicarse con dos argumentos: el primero es que el control de constitucionalidad como mecanismo autónomo y distintivo no fue una cuestión estructural de tal envergadura que fuera preciso consagrarlo por escrito. Y, en segundo lugar, porque si los constituyentes lo hubieran plasmado de manera literal en el texto constitucional, en términos políticos hubiera sido más difícil su aprobación.

*Marbury vs. Madison*³ (Agudelo, 2014; Amaya, 2017; Castaño, 2010; Rousseau, 2002), aunque otros autores de igual importancia han planteado que el caso *Marbury* no fue el primer caso judicial de supremacía constitucional, “pues ya había cierto ambiente institucional (no sólo judicial) favorable a tal medida. Podrían citarse algunos casos, como el debate sobre la constitucionalidad de la Decisión de 1789 en torno a la creación de un *Department of Foreign Affairs*, las legislaturas de Virginia y de Kentucky que resolvieron la inconstitucionalidad de la *Afien and Sediton Acts*, y la contienda recogida en *The Federalist* en torno al sistema de pesos y contrapesos como refinamiento del modelo de separación de poderes, con el fin de evitar que un poder se superponga a los otros o que dos poderes se unan en contra del tercero” (Botero, 2012, p. 328).

Con todo, los análisis derivados del caso *Marbury vs. Madison* arrojan importantes conclusiones para entender la naturaleza de la justicia constitucional. Cuestiones como el carácter político de las decisiones de constitucionalidad, la legitimidad del llamado *poder contramayoritario* y el impacto de las decisiones del máximo órgano judicial pueden resolverse con base en los cimientos que sentó el juez Marshall con su famosa sentencia.

1.3 El caso *Marbury vs. Madison* y su influencia en la consolidación de la *judicial review*

Hemos dicho en acápites precedentes que la doctrina ha sido más o menos pacífica en determinar los inicios de la *judicial review* a partir de la celeberrima sentencia *Marbury vs. Madison*. Es importante matizar esta afirmación, por cuanto no es del todo precisa⁴, ya que,

³ Amaya precisa que “*Marbury vs. Madison* trasciende el relato formal del caso, e incluso la creación pretoriana del control de los actos de los Poderes Políticos en cabeza del Poder Judicial; y se instala en la discusión –entre otras cuestiones– sobre la posición que una Constitución posee frente a los principios del sistema jurídico democrático”.

⁴ El referido autor destaca que sostener que la sentencia creó la revisión judicial, como mayoritariamente se sostiene, puede ser catalogado como un concepto impreciso, pero no equivocado.

siguiendo a Amaya (2017, p. 24), “en verdad, la arquitectura jurídica del control judicial de constitucionalidad de las leyes se edificó a partir de un proceso de formulaciones ideológicas; debates constituyentes y antecedentes históricos y judiciales”. Sin embargo, al tratarse de la primera sentencia en declarar la inconstitucionalidad de una ley federal, la afirmación originaria cobra sentido.

El Caso 5 US 137 promovido por William Marbury⁵ en contra de James Madison, en su condición de secretario de estado de los Estados Unidos, se inició en el periodo de diciembre de 1801 y fue resuelto en febrero de 1803. Previamente, es importante recordar el contexto político en el que se originó la controversia. En 1801, días antes de finalizar su periodo presidencial, John Adams, federalista, nombró 42 jueces para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó dichos nombramientos, el presidente Adams los firmó, pero el secretario de Estado saliente no entregó las actas de nombramiento a cuatro jueces de paz: William Marbury, Robert Townsend Hooe, Dennis Ramsay y William Harper. James Madison, quien era el recién nombrado secretario de Estado del nuevo presidente Thomas Jefferson, demócrata republicano, se negó a entregar las actas de nombramiento al considerar que se trataba de una maniobra de la administración saliente para cooptar el poder judicial.

Marbury solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que ordenara a James Madison la entrega de las actas de nombramientos a cada uno de los demandantes donde se los designaba jueces de paz del distrito de Columbia. Trazada la controversia, la Corte planteó la siguiente metodología: primero, determinar si la Corte Suprema puede expedir un mandamiento judicial, en cualquier caso. Segundo, si dicho mandamiento sería aplicable a un secretario de

⁵ Dicha petición también fue elevada por los recién nombrados jueces de paz Robert Townsend Hooe, Dennis Ramsay y William Harper.

estado, en cualquier circunstancia. Y, tercero, determinar si la Corte Suprema podía expedir un mandamiento judicial contra James Madison, secretario de estado de los Estados Unidos. Frente al caso concreto, se determinaron tres problemas jurídicos a resolver: i) ¿William Marbury tiene derecho a la designación que exige?; ii) si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación?; y, iii) si se lo otorgan, ¿dicho mandamiento debe ser emitido por la Corte Suprema de Justicia?

Frente al primer problema jurídico planteado, la Corte determinó que cuando el presidente ha firmado una designación, el nombramiento se concreta; y que dicha designación se perfecciona cuando el secretario de Estado coloca en las actas de nombramiento el sello de los Estados Unidos, situación que ocurrió en el caso analizado por cuanto el secretario saliente había estampado el sello; en consecuencia, el demandante había adquirido los derechos derivados del cargo por el periodo de cinco años y no podía ser removido ni siquiera por la misma autoridad que lo nombró, pues no se trataba de cargos políticos o de libre nombramiento y remoción sino de periodo fijo. En palabras de la Corte:

Cuando un servidor público es removible a expensas de la voluntad del ejecutivo, las circunstancias que completan su nombramiento carecen de interés; porque el acto es en cualquier momento revocable; y puede detenerse la designación, si aún está en proceso. Pero cuando el servidor público no es removible a expensas de la voluntad del ejecutivo, el nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Confiere derechos legales que no pueden ser reasumidos (De la sentencia 5. US 137. *Marbury vs. Madison*. En: Amaya, 2017, p. 203).

En este orden de ideas, para la Corte la potestad del ejecutivo cesa en el momento en que se concreta el nombramiento, en cuyo caso el servidor público nombrado adquiere el derecho al

cargo. En tal sentido “el Sr. Marbury fue nombrado, ya que su designación fue firmada por el presidente y el secretario de estado la selló; ya que la ley que creaba el cargo le otorgó al servidor público el derecho a su puesto por un periodo de cinco años, independiente de la voluntad del ejecutivo, el nombramiento no era revocable; le confirió al servidor público derechos legales que están protegidos por las leyes del país” (Amaya, 2017, p. 204). Bajo este hilo argumentativo, la Corte determinó que, en efecto, Marbury tenía derecho a la designación exigida. Así pues, parecería en este punto que la Corte accedería a las pretensiones del demandante; sin embargo, la petición será denegada por cuanto, a juicio de la Corte, el hecho de que el secretario de Estado de los Estados Unidos se negara a entregar la credencial sellada se trataba de una “cuestión política no justiciable”; por lo anterior, dice la Corte, “las cuestiones, que, por su naturaleza política, o que están, por la constitución y las leyes, sometidas al poder ejecutivo, nunca podrán ventilarse en este tribunal” (Amaya, 2017, p. 212).

Por último, frente a si la orden de emitir la credencial de nombramiento debía ser o no impartida por la Corte Suprema de Justicia, el fallo establece varios puntos: en primer lugar, dicha potestad no se encuentra consagrada en la Constitución, sino en la Ley, y de manera contraria a lo dispuesto en el texto constitucional. En este último se establece que la Corte tendrá “jurisdicción de apelación” y no en primera instancia como lo establecía la Ley judicial de 1789:

Cuando un instrumento que organiza fundamentalmente el sistema judicial, lo divide entre una corte suprema, y tantos tribunales inferiores como el poder legislativo pueda ordenar y establecer, además enumera sus facultades, y procede a distribuir las, en cuanto define la jurisdicción de la corte suprema estableciendo específicamente los casos en los cuales tendrá jurisdicción original, y en aquellos

que tendrá jurisdicción de apelación (De la sentencia 5. US 137. *Marbury vs. Madison*. En: Amaya, 2017, p. 2018).

De otra parte, la Ley judicial, al contrariar el texto de la Constitución, es nula. En este orden, argumentó la Corte que “todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran por cierto la ley fundamental y suprema de la nación, y por lo tanto la teoría fundacional de cada estado debe ser que, toda ley del poder legislativo contraria a la constitución es nula” (Amaya, 2017, p. 221). Así las cosas, la Corte Marshall concluyó que la Constitución facultó al poder judicial para declarar nula cualquier disposición que contraríe la voluntad del constituyente. Es inevitable en este punto advertir la influencia de los autores de *El federalista* en los argumentos que se vienen presentando:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (Hamilton y otros, 2010, p. 296).

Finalmente, Amaya (2017, p. 86) destaca tres aspectos relevantes de la decisión como aportes al control de constitucionalidad de las leyes:

- I.El poder normativo y la supremacía de la Constitución.
- II.La aplicabilidad directa del texto constitucional por todos los jueces y los tribunales y;
- III.La posición del Tribunal Supremo como el guardián y el máximo intérprete de la Constitución.

No obstante, otros autores como Agudelo (2014), recogiendo las tesis de Alexander Bickel, destacan que el caso *Marbury vs. Madison* constituye un mal ejemplo de la justificación de la *judicial review*. Para estos autores, lo que se esconde detrás del celeberrimo caso es la disputa entre los dos partidos dominantes en aquella época: federalistas y republicanos. Es cierto que el mismo Marshall había sido secretario de Estado de Adams, y que su trayectoria giró más en torno a lo político que a lo jurídico (Amaya, 2017, p. 32). Con la decisión, la Corte Marshall quedó bien con el gobierno saliente (al afirmar que Marbury sí tenía derecho a su cargo) y con el gobierno entrante (al negar la petición de Marbury) y a su vez consagrar a la Corte como intérprete autorizado de la Constitución y al atribuirle la potestad de declarar nulas las leyes que contraríen el texto constitucional, “en pocas palabras, su fallo solo fue muestra de la ‘astucia política’ (...) gracias a la cual pudo quedar bien con los gobiernos de Adams y Jefferson” (Agudelo, 2014, p. 63). Con todo, en términos jurídicos, la importancia del fallo *Marbury vs. Madison* radica en que la Corte Marshall “tuvo que darle rienda suelta a la *judicial review* para que los jueces fuesen defensores de la Constitución y la democracia, sin ser este el caso. Por lo que la *judicial review* como un instrumento inmediato y futuro volvería a la Corte un organismo poderoso que repicaría los debates constitucionales de todo el mundo” (Agudelo, 2014, p. 68). Más adelante, Agudelo resalta que la grandeza del juez Marshall consistió en su capacidad para poner en relieve de la academia jurídica la *judicial review* en un momento en el que se venía buscando cómo controlar los poderes políticos.

Conforme a lo expuesto hasta este punto, podemos afirmar, sin ambages, que la *judicial review* tiene orígenes políticos más que jurídicos. En últimas, lo que se busca con esta investigación es precisamente defender la tesis de que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se encuentran afectadas por el contexto político y por factores extrajurídicos

como lo son las presiones o las influencias de la sociedad civil. De manera que, para los efectos de esta investigación, el fallo *Marbury vs. Madison* resulta ampliamente ilustrativo de la forma en que se originó lo que hoy denominamos control de constitucionalidad. Es cierto, no obstante, que la doctrina jurisprudencial expuesta en dicha sentencia hoy en día carece de sentido y solo debe ser tomada en cuenta como una referencia histórica, por cuanto, si seguimos ‘la estrategia Marshall’, “resultaría excesivamente peligroso que un ejecutivo o un poder judicial dispusieran de una Corte de este estilo” (Agudelo, 2014, p. 86). Lo anterior, teniendo en cuenta que se trataba de un sistema de control de constitucionalidad no reglado, abiertamente discrecional, lo cual resulta naturalmente lesivo del Estado de Derecho.

La misma Corte Constitucional de Colombia reconoce la importancia histórica del fallo en cuestión, al afirmar que, con dicha sentencia, por primera vez en la historia del constitucionalismo occidental, se estableció un mecanismo concreto de garantía de la supremacía de la Constitución, por vía del ejercicio judicial del control de constitucionalidad de las leyes (Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2017). Así las cosas, veamos a continuación el proceso de consolidación de la *judicial review* con posterioridad a la expedición de la sentencia *Marbury vs. Madison*.

1.4 La consolidación de la *judicial review* en el sistema jurídico estadounidense después de caso *Marbury vs. Madison*

Hemos destacado que el célebre fallo *Marbury vs. Madison* proferido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en 1803 constituye el primer ejercicio de control de constitucionalidad de una ley federal en dicho país. En los años posteriores, la técnica de la *judicial review* se fue extendiendo y perfeccionando. De acuerdo con Amaya:

Unos años después de “Marbury”, en 1810, la Corte de Marshall falló en “Fletcher vs. Peck”. En Fletcher, la legislatura de Georgia había aprobado una concesión de tierra, conocida como la Ley del Suelo de 1795, revelándose que la concesión de la tierra había sido aprobada a cambio de sobornos, y, por lo tanto, los votantes rechazaron la mayor parte de los titulares adjudicados. La legislatura siguiente derogó la ley y anuló todas las transacciones posteriores (incluso las de buena fe). El Tribunal Marshall sostuvo que la derogación de la ley por parte de la legislatura era nula porque la venta era un contrato vinculante, que, según el Artículo I, Sección 10, Cláusula 1 de la Constitución, no podía ser invalidado. Como en el caso Marbury, esta decisión fue unánime (Amaya, 2017, p. 37).

Posteriormente, en 1819 la Corte Marshall precisó algunos conceptos relevantes en *McCulloch vs. Maryland*; en este caso la Corte falló que el Congreso podía crear un banco nacional con base en las cláusulas de comercio entre los estados y otras cláusulas similares, siendo que este poder, para crear un banco no se encontraba explícitamente mencionado en la Constitución (Amaya, 2017, p. 86).

En 1821, caso *Cohens vs. Virginia*, la Corte Suprema dictaminó que podía conocer de las apelaciones de las decisiones de los tribunales estatales en los casos penales, así como en los casos civiles. “El Estado de Virginia afirmó que la Corte no tenía jurisdicción para conocer de las apelaciones de un tribunal estatal en un caso entre un estado y sus ciudadanos, incluso si el caso se refería a la interpretación de una ley federal” (Amaya, 2017, p. 38). Aunque la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del tribunal de Virginia, dejó sentado que sí tenía jurisdicción para conocer el caso.

La próxima vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley federal fue en el proceso 60 U.S. 393 de 1857 conocido como *Dred Scott vs. Sandford*. Carbonell (2007), denomina este caso como el más infame de la historia constitucional de los Estados Unidos⁶. El caso se inscribe en los preludios de la guerra de secesión (1861-1865) y gira en torno a la constitucionalidad de la esclavitud. El demandante, Dred Scott era un esclavo que había sido comprado por el médico y cirujano Dr. John Emerson. La “carrera del Dr. Emerson lo llevó, junto con sus esclavos, a los territorios libres de Illinois y Wisconsin. Estando en Wisconsin, Dred Scott se casó con Harriet Robinson, cuya propiedad pasó también al Dr. Emerson, quien a su vez contrajo matrimonio con Eliza Irene Sandford en 1838” (Carbonell, 2007, p. 147). Con el fallecimiento del Dr. Emerson, Dred demandó a la viuda del *de cuius*, ante el Tribunal de San Luis, Missouri, para que se reconociera su libertad, con base en el precedente de que si un esclavo regresaba al Estado luego de haber permanecido en un territorio libre (Illinois y Wisconsin) podía permanecer siendo libre, en virtud del principio *once free, always free*. El caso escaló hasta la Corte Suprema de Justicia, cuya presidencia ostentaba Roger B. Taney (sucesor del histórico John Marshall, fallecido en 1835).

Es importante destacar que a mediados del siglo XIX la cuestión de la esclavitud era el centro de todas las discusiones, por lo que la decisión de la Corte Suprema de Justicia enardeció los ánimos y precipitó la Guerra de Secesión. Todos los actores políticos habían dejado en manos de la Corte la cuestión de la constitucionalidad de la esclavitud. “En esos días hubo presiones a la Corte por parte del Poder ejecutivo, incluyendo al presidente Electo Buchanan, que quería ver

⁶ Dice Carbonell que se podrían invocar otros casos de la jurisprudencia norteamericana que resulta muy difícil –si no imposible– comprensión en nuestros días, pero ninguno de ellos ha tenido las nefastas consecuencias que tuvo Dred Scott ni alcanza a reflejar el entendimiento tan miserable de la dignidad humana.

resuelto el tema antes de tomar posesión del cargo” (Carbonell, 2007, p. 148), y, al considerarlo un problema eminentemente jurídico, debía ser resuelto por la Corte Federal. Según la sentencia, cualquier ley proferida por el Congreso que prohibiera o limitara la esclavitud era una afrenta a la propiedad privada consagrada en la Constitución y en consecuencia debía ser declarada nula. Sorprenden hoy en día los argumentos de la Corte:

Un negro libre de raza africana, cuyos antepasados fueron traídos a este país y vendidos como esclavos, no es “ciudadano” según el significado de ciudadano para la Constitución de los Estados Unidos.

Cuando se adoptó la Constitución, en ninguno de los Estados los esclavos eran considerados miembros de la comunidad que constituía el Estado, y no se les contaba entre sus “gentes o ciudadanos”. En consecuencia, los derechos e inmunidades especiales garantizados a los ciudadanos, no se les aplican, y al no ser “ciudadanos” según la Constitución, no tienen derecho a demandar como tales en un Tribunal de los Estados Unidos (60 U.S., 393, 1857).

Con esta argumentación la Corte cerró la posibilidad de abolir la esclavitud por la vía del control de constitucionalidad. La única posibilidad de prohibirla constitucionalmente era a través de la incorporación de una enmienda al texto de 1787 (Carbonell, 2007, p. 150), como en efecto ocurrió con la Décimo tercera enmienda a la Constitución, promulgada en 1865 que abolió definitivamente la esclavitud en los Estados Unidos de América. Carbonell destaca que la importancia de esta sentencia vista desde una perspectiva contemporánea, reside en recordarnos “que ese velo de normalidad que pretendemos tirar sobre las discriminaciones que siguen existiendo no se podrá sostener por siempre” (2007, p. 152).

Otro de los fallos que contribuyó en la consolidación de la *judicial review* es el 301 U.S. 1, 1937, *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation*. El contexto de esta providencia también es importante para descifrar su alcance. Es la época del *New Deal* del presidente Roosevelt y de un cambio del modelo capitalista imperante. Muchas de las medidas intervencionistas del gobierno federal habían sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, con lo cual se exacerbó la tesis de la dificultad contramayoritaria⁷.

En el caso *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation* la Corte analizó la constitucionalidad de la ley Warner sobre relaciones laborales. Esta ley “permitió a los trabajadores crear y desarrollar sus propias organizaciones, la libertad para sindicarse, la negociación colectiva y el derecho a la huelga, pudiendo ser defendidos estos derechos ante los tribunales” (Martínez, 2003, p. 369). En la resolución del caso, al declarar la constitucionalidad de la mencionada ley, la Corte destacó que “se debe preferir una interpretación que hace a una ley conforme con la Constitución, a otra que la haga inconstitucional o de validez dudosa” (301 U.S. 1, 1937, p. 30) y en ese orden de ideas destacó que las disposiciones del Congreso no contrariaban el texto constitucional.

Esta transición de la Corte conservadora con la que tuvo que lidiar el presidente Roosevelt en su primera presidencia, a la prestigiosa Corte Warren de índole mucho más liberal tuvo su punto de mayor esplendor con el caso 347 U.S. 483, 1954, conocido como *Brown vs. Board of Education*. Este fallo significa, de acuerdo con Agudelo (2014) la consolidación de la *judicial review*, la superación de la ‘dificultad contra mayoritaria’ decantada por Alexander

⁷ De acuerdo con Agudelo, la dificultad contramayoritaria surge cuando los jueces derogan las leyes que son compatibles con la mayoría, con encuestas de opinión pública.

Bickel y el vivo ejemplo de las ‘virtudes pasivas’ que deben tener los jueces constitucionales atendiendo a los cambios sociales y su adaptación en el sistema jurídico constitucional.

El caso se originó con la demanda interpuesta por Oliver Brown y otros afroamericanos en contra de la segregación racial de niños blancos y negros en las escuelas de los Estados Unidos, de acuerdo con la doctrina de “separados pero iguales”. Siguiendo a Pons:

En la especie, se trataba de una niña negra que pretendía su admisión por razón de distancia en una escuela pública a la que asistían niños blancos, admisión que le había sido denegada con fundamentos en la existencia de segregación racial. Se llamaba Linda Brown, residía en Topeka, Kansas, cursaba tercer grado y diariamente debía caminar una milla a través de una subestación de ferrocarril para asistir a su escuela primaria, no obstante que a solo siete cuadras de distancia había otra escuela a la que podía asistir, aunque fuera para niños blancos. El padre de Linda, Oliver Brown, trató de inscribirla en esta última, pero el director de la escuela se negó. Brown fue a McKinley Burnett, el jefe de Topeka de la rama de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) o Asociación Nacional para el Adelanto de la Gente de Color (una organización creada en 1909 para promover los derechos de los negros), quienes le prestaron su ayuda. Justamente esta asociación, en el marco de la vigencia de este precedente, había estado recopilando en los años 50 datos que demostraban que las escuelas para afroamericanos no tenían igual calidad e infraestructura que la de los alumnos blancos y que después fueron utilizados en este y otros casos. Así fue como se iniciaron demandas con su apoyo, que se rechazaron en los tribunales inferiores, y que finalmente llegaron a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Estos procesos

denunciaban la segregación y sus consecuencias en la formación de los menores de raza negra (Pons, 2012).

En la histórica decisión, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, presidida por el juez Warren, dictaminó que la segregación racial era contraria a la Decimocuarta Enmienda que establece la protección igualitaria a todos los ciudadanos de los Estados Unidos. Con esta providencia se consolidó definitivamente la *judicial review* y se moldeó uno de los presupuestos que orientan el propósito de la presente investigación: la influencia de la sociedad civil en las decisiones de índole constitucional, como lo destaca Agudelo:

[Con esta sentencia] la Corte respondió con prudencia y con compromiso a la sociedad. En esta ocasión la Corte estaba comprometida no solo con los principios perdurables, sino también con su realización en la práctica política. Y aunque fue muy difícil al principio lograr tal objetivo, por el cambio social e institucional que implicaba, el caso *Brown vs. Board of Education* generó una imagen de legitimidad en la sociedad que ninguna otra Corte había logrado hasta ese momento (2014, p. 90).

Lo anterior reviste una importancia de índole superior por cuanto uno de los presupuestos de la presente tesis es demostrar que la justicia constitucional tendrá autoridad moral y confianza en el público “cuando sus decisiones estén basadas en las razones constitucionales y en las sensibilidades de la sociedad, solo a esto se podrá deber el prestigio y la ascendencia que pueda obtener como defensora y receptora de los llamados de la ciudadanía” (Agudelo, 2014, p. 96).

Así las cosas, en las páginas precedentes hemos mostrado el proceso histórico que significó la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos de América, desde el osado fallo *Marbury vs. Madison*, con claros intereses políticos por parte de la

Corte Marshall, una indeterminación jurídica y una legitimidad social prácticamente nula, hasta las decisiones históricas de la Corte Suprema cuyo cumplimiento es incuestionable por parte de los demás poderes del Estado. Ejemplo de esto último es la sentencia relativamente reciente del 26 de junio de 2015, caso *Obergefell vs. Hodges* en la que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró constitucional el matrimonio igualitario, con base en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución. Si bien es cierto que el caso *Marbury vs. Madison* no es un ejemplo paradigmático de lo que debe ser la justicia constitucional, el ‘atrevimiento’ del juez Marshall sí constituyó claramente un aporte al naciente control de constitucionalidad que hoy es un lugar común en las democracias occidentales.

En este orden de ideas, el curso de nuestra investigación girará hacia el viejo continente, donde a lo largo del siglo XX se desarrolló un proceso de constitucionalización del derecho, creación y fortalecimiento de los Tribunales Constitucionales partiendo de los postulados de Hans Kelsen.

1.5 La justicia constitucional en Europa

El constitucionalismo moderno se funda en la supremacía de la Constitución como “norma de normas” o norma fundamental derivada del contrato social (Kelsen, 1979, p. 327). Bajo estos presupuestos, en el período de entreguerras se llevaron a cabo intensos debates sobre quién debía ser la autoridad encargada de interpretar el texto constitucional. Para Carl Schmitt, jurista y filósofo alemán, el llamado a interpretar y decidir sobre las controversias constitucionales es el jefe del Estado, es decir, el presidente del Reich y no un tribunal constitucional, tal como lo proponía Kelsen, por cuanto la naturaleza de la Constitución de Weimar (1919), al ser política y no jurídica en estricto sentido, requiere de un intérprete que

ostente tal naturaleza. Así pues, para Schmitt, “las cuestiones políticas no podían ser resueltas por un juez” (Vita, 2017, p. 156).

Contrario a lo anterior, para Kelsen, “el concepto de Estado es una hipótesis metafísica para representar la unidad de un orden, puesto que el Estado es ante todo un sistema de normas, un orden jurídico y no un hecho o una persona” (Jiménez, 2013, p. 49), y su sustento se erige sobre la norma fundamental. La visión de Kelsen sobre la autoridad competente para interpretar y decidir sobre las controversias de índole constitucional es totalmente opuesta a la de Schmitt, por cuanto para el autor de la *Teoría pura del derecho* dicha tarea debía encomendarse a un tribunal constitucional, como en efecto sucedió en Austria y Checoslovaquia en 1920:

El constitucionalismo europeo, gracias a Kelsen, sobre todo desde la instauración de un primer Tribunal Constitucional en la Constitución austríaca del 1° de octubre de 1920 (arts. 137 a 152), también acabó encomendando a un órgano judicial, si bien de manera concentrada, la defensa de la Constitución. La propia evolución del constitucionalismo en el continente ha venido a realzar, igualmente, la función de la judicatura en general como uno de los poderes esenciales para la defensa del orden democrático y de sus valores jurídicos permanentes: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, debido a la profusión normativa que caracteriza a los modernos Estados de partidos y que obliga a desarrollar una gigantesca tarea de interpretación que abre la vía, como indicaba García-Pelayo, a una creación normativa a través de la jurisprudencia y a un Derecho de creación judicial (Jiménez, 2013, p. 54).

En este orden, la mayoría de las constituciones democráticas expedidas después de la Segunda Guerra Mundial adoptaron la tesis kelseniana y otorgaron la magna labor de

interpretación del texto constitucional a un órgano jurisdiccional, llámese Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, etc., con ello:

El Estado liberal de Derecho atribuye a los tribunales la solución de todo tipo de controversias, incluidas las de orden constitucional. Si esta función apenas si se discute cuando se trata de conflictos de naturaleza civil, penal o administrativa, la cuestión se torna problemática cuando hay que resolver litigios de naturaleza política, como cuando, por ejemplo, debe enjuiciarse la constitucionalidad de una determinada ley o decidir sobre un conflicto de competencias entre el Estado y uno de sus territorios. El tema de fondo que subyace es el de con qué legitimidad puede un tribunal enjuiciar actos o normas procedentes de otros poderes del Estado elegidos democráticamente (Jiménez, 2013, p. 55).

Así las cosas, tenemos que la Constitución es un texto de naturaleza jurídico-política y que, en la actualidad, en la mayoría de los Estados democráticos, el órgano encargado de interpretar su contenido material es de naturaleza jurisdiccional, llámese Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, etc.

Rousseau (2002) destaca que el principio de constitucionalidad de las leyes en Europa se estableció de manera paulatina, comenzando en Europa occidental y posteriormente se implementó en el conjunto del continente europeo. En este orden de ideas, el citado autor plantea tres etapas fundamentales en el desarrollo de la justicia constitucional en Europa occidental. La primera etapa se configuró tras la Primera Guerra Mundial; ha sido denominada por la doctrina ‘periodo austriaco’ “porque solo Austria, bajo la influencia de Hans Kelsen, adoptó en 1920 una constitución que creaba un alto Tribunal Constitucional” (p. 14), senda que también fue seguida por Checoslovaquia. En este periodo también se ubica la España de la Segunda República en

cuya Constitución de 1931 instituyó un Tribunal de garantías constitucionales. Situación similar sucedió con la República de Weimar y también en Irlanda, esta última con la Constitución de 1937 (aún vigente). No obstante, a pesar de haberse consagrado el control de constitucionalidad de las leyes por la vía jurisdiccional, “las profundas crisis que atravesaron estos países y el ascenso general del fascismo en Europa no permitieron a estas constituciones en general, ni a los nuevos mecanismos de control de la ley ‘funcionar’ con normalidad; rápidamente los textos dejaron de aplicarse y esta primera etapa concluyó tan rápido como se había iniciado, dejando no obstante huellas en los espíritus” (p. 15).

La segunda etapa del desarrollo de la justicia constitucional en Europa occidental es ubicada por Rousseau (2002) con posterioridad a 1945, es decir, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y reviste razones políticas. Tras la debacle de los regímenes nazi y fascista, “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se impuso rápidamente como el único instrumento destinado a asegurar los derechos de las minorías, a evitar la opresión de una mayoría política y a impedir que el legislador atentase contra los derechos fundamentales” (p. 15). Lo anterior se dio en Austria (1945), Italia (1948) y en la República Federal alemana (1949). En estas naciones, “los nuevos constituyentes adoptaron constituciones en las que el control de la ley, cuidadosamente organizado, se constituye, al mismo tiempo, como una reacción contra el pasado trágico de sus países y como la garantía de un futuro democrático” (Rousseau, 2002, p. 15).

La tercera etapa, en la que se consolidó el control de constitucionalidad tal como lo conocemos en la actualidad, y del cual se inspiraron en parte algunas constituciones de América Latina, comenzó en los años setenta y corresponde, por una parte, a tres Estados del Sur de Europa: Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978) y, por otro lado, Alemania Federal

(1969 y 1971), Austria (1975), Suecia (1979), Bélgica (1980), todos parcialmente inspirados en el modelo kelseniano (Rousseau, 2002, p. 16).

En lo que respecta a los países de Europa central, que estuvieron bajo influencia de la Unión Soviética hasta la caída del bloque socialista en 1989⁸ imperó la exclusión del principio de todo control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: “En efecto, el Derecho constitucional soviético no se fundaba, a diferencia de los regímenes occidentales, sobre el principio de separación de poderes sino sobre la teoría de la unidad del poder del Estado” (Rousseau, 2002, p. 16). En la era post soviética, “las nuevas constituciones de Bulgaria, Polonia, Rumania, República Checa, Eslovaquia, Croacia, Eslovenia, Hungría, Rusia instauran un Tribunal constitucional y un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes inspirado en el modelo kelseniano” (p. 17).

Así las cosas, a partir de la década de los noventa el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes se volvió un elemento distintivo de las democracias occidentales en Europa. Con estas bases teóricas, a continuación, podemos centrar nuestra atención en el proceso de consolidación de la justicia constitucional en América Latina, en términos generales, y haremos un especial énfasis en el afianzamiento del control de constitucionalidad de las leyes en Colombia.

⁸ No obstante, Rousseau destaca que incluso antes de la caída de estos regímenes en 1989, al menos en algunos países, la situación ya había comenzado a evolucionar. El control se había convertido en una función particular e independiente gracias a la creación de los tribunales constitucionales. Yugoslavia, en 1963, Checoslovaquia en 1968, Polonia en 1982 fueron abandonando el sistema de autocontrol del Parlamento para confiar el examen de constitucionalidad de las leyes a una jurisdicción especial compuesta de miembros elegidos por la Asamblea popular, siguiendo criterios jurídicos y beneficiándose de las garantías tradicionales de independencia reconocidas a los jueces.

1.6 La justicia constitucional en América Latina

La historia constitucional de América Latina es relativamente reciente. Sus inicios son fácilmente ubicables en los albores del siglo XIX, como resultado de las guerras independentistas. Sin embargo, aunque la vida democrática republicana de esta parte del continente americano brille por su juventud, la literatura histórico-jurídica da cuenta de avances dinámicos en materia de desarrollo constitucional. En este sentido, el hecho de que nos ubiquemos en un tercer lugar del análisis histórico no implica que el desarrollo de la justicia constitucional en América Latina haya sido, en términos cronológicos, posterior al de Europa. Como veremos, se trata de una ubicación metodológica que implica ir de lo general a lo particular. De hecho, varios autores entre los que se encuentran García (2004) y Botero (2012a) coinciden en precisar los inicios del control de constitucionalidad en la primera mitad del siglo XIX, mucho antes que en Europa con la influencia de Hans Kelsen a comienzos del siglo XX. Ahora bien, cada uno de los Tribunales constitucionales existentes en Latinoamérica varía en relación con las facultades institucionales que tengan como árbitros de la política y protectores de derechos (Sotomayor, 2019, p. 10).

En este orden de ideas, las nacientes repúblicas latinoamericanas se nutrieron de la influencia de la Revolución Francesa, de los textos de la Ilustración y, principalmente, de Estados Unidos en lo que respecta al control de constitucionalidad de las leyes derivado del caso *Marbury vs. Madison*⁹. Así bien, el primer país latinoamericano en incorporar el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes fue México, con la Constitución Federal de

⁹ García argumenta que desde el punto de vista de la literatura jurídica y política fueron muy influyentes *The federalist papers*, y, sobre todo, *De la démocratie en Amérique*, del célebre Tocqueville, no solo porque leyeron sus versiones originales, sino por cuanto de ellas se hicieron traducciones al castellano en fechas muy tempranas (alrededor de 1840).

1824; en este texto “se establece un procedimiento de control constitucional parecido a la controversia constitucional, reglamentando posibles conflictos de invasión de competencias constitucionales entre titulares del poder público” (Márquez, 2017, p. 73), es decir, el control entre las mismas ramas del poder público. Posteriormente, las Siete Leyes Constitucionales (1835-1836) crearon el Supremo Poder Conservador, instancia de naturaleza no jurisdiccional conformada por cinco individuos, que se renovaba cada dos años y que eran designados por las Juntas Departamentales. Entre las atribuciones del referido Poder Supremo, se encontraba la de “declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la constitución” (Márquez, 2017, p. 74).

Este sistema de control de constitucionalidad de las leyes constituye un antecedente inmediato del actual Juicio de Controversia Constitucional mexicano; no obstante, las referidas Siete Leyes Constitucionales “resultaron un tanto incómodas a los grupos centrales que tenían el poder, el Supremo Poder resultó demasiado poderoso y conflictuado en su actuar, así que se dieron a la tarea de darse una nueva Constitución, esta vez la denominaron Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843)” (Márquez, 2017, p. 76). Curiosamente, este nuevo texto constitucional otorgó al Congreso de la República –no a un órgano jurisdiccional– reprobación los decretos dados por las asambleas departamentales cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes. Con todo, mediante el Acta de Reforma de 1847 se implementó definitivamente el control dogmático de constitucionalidad a través del juicio de Amparo y el nacimiento en México del Derecho Procesal Constitucional (Márquez, 2017, p. 77).

Posteriormente, en la Constitución de 1857 se recogió la regulación de controversias constitucionales implícitas entre estados de la Federación. Por último, la Constitución de 1917, producto de la Revolución mexicana, implementó tres mecanismos de control constitucional,

“dos dogmáticos, el juicio de amparo –único medio procesal constitucional– y la facultad de investigación por graves violaciones a los derechos humanos, otro orgánico, el juicio de controversia constitucional, además de los inter-órganos que contempla la constitución –como el informe anual del presidente al Congreso–. Aplicación efectiva del Control Constitucional Orgánico” (Márquez, 2017, p. 77). Finalmente, el artículo 105 de la Constitución vigente establece que la Corte Suprema de Justicia conocerá de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución.

Argentina también fue uno de los primeros países en implementar el control de constitucionalidad de las leyes, a mediados del siglo XIX. Es importante destacar que dicho sistema de control de constitucionalidad se encuentra fuertemente influenciado por el modelo norteamericano de la *judicial review*, tanto es así que en la Constitución Argentina no se encuentra regulado el control de constitucionalidad; sin embargo, el ‘recurso extraordinario de constitucionalidad’ encuentra sus inicios en la ley No. 48 del 26 de agosto de 1863. En la actualidad, “la Constitución Nacional reformada en el año 1994 ha consagrado expresamente la acción de amparo como procedimiento sumario en el artículo 43, que, si bien existía desde el año 1957, también lo era por creación judicial” (Dalla, 1997, p. 36). La referida disposición constitucional establece que “en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”, con efectos Inter partes (control difuso de constitucionalidad). En lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia, dicha corporación ejerce jurisdicción en sede de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución Nacional argentina. En tal virtud, el órgano de control de constitucionalidad en la Argentina ha sido históricamente la Corte Suprema de Justicia en sede de apelación, quien es la

encargada de garantizar la supremacía constitucional, en lo que respecta inclusive a los actos emanados de los poderes públicos y los Tratados internacionales (Dalla, 1997, p. 38).

Venezuela incorporó en su ordenamiento constitucional el control difuso de las normas en 1897, y el control abstracto, de alcance general, en 1893. Con anterioridad y en forma limitada a las leyes provinciales, lo había consagrado su Constitución de 1858 (García, 2004, p. 5). Dicho sistema pervivió hasta la expedición de la Constitución de 1999, la cual rediseñó el sistema de justicia constitucional al consagrar, en cabeza de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia los métodos difuso y concentrado de control de la constitucionalidad, así como el amparo constitucional (Haro, 2005, p. 284). En cuanto al control difuso de constitucionalidad, el artículo 336 de la Constitución vigente expresa que “todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente...”. En lo que respecta al control concentrado de constitucionalidad, los artículos 266, 334, 335 y 336 de la Constitución de 1999 crearon y reglamentaron una Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia para el ejercicio de dicho control. En términos prácticos, esta Sala Constitucional hace las veces de Corte Constitucional o Tribunal Constitucional.

La justicia constitucional en Ecuador encuentra sus raíces en la Constitución española de 1931 y, por añadidura, en el sistema kelseniano. La Constitución ecuatoriana de 1945 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo el modelo español de la Segunda República, pero no tuvo ninguna vigencia, pues fue derogado en 1946, por la nueva Constitución de ese año (García, 2004, p. 6). Posteriormente, en la Constitución de 1967 se instauró nuevamente el

Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sin atribuciones jurisdiccionales en materia constitucional y más reducidas que las fijadas en 1945 (p. 6). La siguiente Constitución, expedida en 1978, mantuvo el modelo de su predecesora con idénticas funciones y facultades. Extrañamente, en 1992 se creó una Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual, quedaron coexistiendo por un lado el Tribunal de Garantías Constitucionales (con funciones consultivas) y por el otro la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (con funciones jurisdiccionales).

Con la puesta en vigencia de la Constitución de 2008, Ecuador instituyó una Corte Constitucional verdaderamente jurisdiccional, similar a la colombiana, la cual fue dotada de poderes de revisión de acciones constitucionales, además de facilidades de acceso a los ciudadanos para interponer acciones sin mayor formalismo¹⁰ (Sotomayor, 2019, p. 16).

El caso de Guatemala es también interesante. Hemos dicho al inicio de este apartado que los inicios de la justicia constitucional en América Latina se hallan en México y Argentina, en los términos arriba expuestos. Sin embargo, Guatemala instauró su Corte de Constitucionalidad a partir de 1921, con la reforma a la Constitución de 1879, cuyo artículo 85 consagró que era potestad de la Corte Suprema¹¹ “declarar, al dictar sentencia, que una ley, cualquiera fuera su forma, no era aplicable por ser contraria a la Constitución. Sin embargo, se reguló algo novedoso: al conferir esta atribución a los tribunales de segunda instancia y jueces letrados de

¹¹ Según Sotomayor, en el caso de Guatemala es importante resaltar la competencia de la Corte de conocer los recursos de apelación de todas las sentencias de amparo emitidas por los jueces de primera instancia. Bajo ese escenario, el órgano constitucional se ha convertido en mayor medida en un tribunal de apelaciones, recurso que en muchas ocasiones es utilizado como estrategia dilatoria de un fallo lejano a las preferencias de los actores.

primera, la Carta señalaba que estos podían declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros poderes cuando fueren contrarias a la Constitución, inaplicación que sólo podrían hacer en los casos concretos y en las resoluciones que dictaran” (Herrera, 2002, p. 243).

Consecutivamente, con la Constitución de 1965 se estableció formalmente la Corte de Constitucionalidad, con la facultad de “conocer los recursos interpuestos contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general tachadas de inconstitucionalidad, con lo cual surgió en Guatemala el control concentrado de constitucionalidad de las leyes” (Herrera, 2002, p. 244). Con todo, la Corte de Constitucionalidad creada en 1965 surtió muy pocos resultados, en términos generales: “la experiencia de este tribunal fue de general frustración, por cuanto fue considerado una institución débil frente al peso de los poderes políticos del Estado” (Herrera, 2002, p. 245).

Con posterioridad, la Constitución de Guatemala de 1985, vigente en la actualidad, instituyó nuevamente la Corte de Constitucionalidad como un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional.

En el Perú, con la Constitución de 1979, se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales, una vez retornada la democracia tras doce años de dictadura militar (Ballesteros, 2001), aunque la Constitución liberal de 1856 ya había declarado la preeminencia de la Constitución. Posterior a la Carta de 1979, la Constitución de 1993, artículo 201, instauró el Tribunal Constitucional. No obstante, históricamente el Perú no ha tenido un desarrollo pleno de su sistema de control de constitucionalidad de las leyes. En palabras de Ballesteros (2001):

La falta de una tradición sobre la materia contribuyó a que inicialmente no se comprendiera el cabal papel del Tribunal. En algunos casos hubo intentos de intromisión política; en otros, equívocos sobre su función esencial. El Tribunal de

Garantías Constitucionales de la década de los ochenta recogió sin propiedad la denominación de la Constitución española de 1931. Algunos especialistas peruanos sostienen que sus funciones le daban la calidad de un suprapoder y de instancia definitiva, aún por encima de la Corte Suprema. En medio del debate otros opinaron que la Corte Suprema dejó de ser suprema. Así, un abogado hábil podría lograr que su causa, si no obtiene sentencia favorable, pase al Tribunal Constitucional (...) Es la manera de burlar la Corte Suprema, de socavar su autoridad. Peor aún, es una manera de dilatar la justicia, de no hacer justicia (p. 52).

En términos generales, desde una perspectiva del perfeccionamiento del sistema de control de constitucionalidad de las leyes, la creación y la puesta en marcha del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1979 constituyó un avance en la materia. Sin embargo, la justicia constitucional del Perú ha sido objeto de enormes críticas, principalmente por su falta de independencia política y su falta de experiencia en el manejo de un órgano de ese tipo (Ballesteros, 2001, p. 52).

En Chile, los inicios del control jurisdiccional de constitucionalidad se remontan a la Constitución de 1925, inspirada en el modelo estadounidense. En esta oportunidad, se facultó a la Corte Suprema “en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidas en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución” (Beltrán, 2010, p. 1216). Posteriormente, la Constitución de 1980 estableció un sistema de control de constitucionalidad de las leyes difuso, en el que se creó el Tribunal Constitucional al que le correspondió el control preventivo de constitucionalidad de las leyes; sin embargo, se conservó el control a posteriori de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, a través de la reforma constitucional instaurada en 2005, “se le

otorgó al Tribunal Constitucional el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes a través de la inaplicabilidad (previo requerimiento de parte o de juez) e, incluso, se le facultó para declarar la inconstitucionalidad de estas con efectos generales, derogando así la norma con efectos futuros” (p. 1255).

Así las cosas, habiendo hecho un breve recorrido por la historia del control de constitucionalidad en América Latina, corresponde abordar el caso colombiano. En contraste con lo expuesto en los acápites precedentes, podría afirmarse que el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en Colombia es el más avanzado del continente y uno de los más sofisticados de las democracias occidentales, como veremos a continuación.

1.7 La justicia constitucional en Colombia

El exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Manuel José Cepeda Espinosa comienza su libro *Polémicas Constitucionales* (2007) afirmando que “ningún país de América Latina goza de una tradición de control constitucional tan antigua, ininterrumpida, amplia e, inclusive, en ocasiones activista” (p. 6). Esta tradición se remonta a los inicios del siglo XIX con la Constitución de Cundinamarca de 1811, en la cual se estableció un órgano no judicial denominado *Senado de censura y protección* que estaba compuesto de 5 miembros y ejercía su competencia “no solo de oficio sino a solicitud de cualquier ciudadano (artículo 9), lo cual es un antecedente claro de la acción popular de inconstitucionalidad, luego consagrada en 1910” (Cepeda, 2007, p. 13).

Lo anterior cobra sentido si se contrasta con las investigaciones de Botero (2012a), en las que pone de presente la existencia de un colonialismo cultural que empuja a la doctrina a obviar o soslayar el decurso de la historia latinoamericana para dar prevalencia a los antecedentes más destacados en el Norte global como lo son el caso *Marbury vs. Madison* en los Estados Unidos y

la creación de los Tribunales Constitucionales en Europa al finalizar la Segunda Guerra Mundial. En armonía con esta postura, hemos dicho que en la presente investigación ubicamos a América Latina en tercer lugar sin que ello implique una posición cronológica, sino metodológica encaminada a ir de lo general a lo particular.

Así las cosas, Botero (2012a) reconstruye el caso *Señor Cruz vs. alcalde de Quirimara*, ocurrido en 1833 en Antioquia, Colombia, derivado de una detención arbitraria en la que el alcalde dispuso poner al señor Cruz en el cepo que tenía en su casa y solo le permitió su libertad luego de 24 horas de castigo. El señor Cruz acudió al juez letrado de hacienda alegando la violación de su derecho constitucional a la libertad personal. El alcalde replicó invocando la costumbre virreinal pero estos argumentos no convencieron al juez letrado, quien finalmente “condenó al alcalde a las costas del proceso (...) y a reparar los perjuicios causados. Al mismo tiempo, el juez letrado apremió al alcalde y ratificó en sus “vistos” que se produjo una violación de la Constitución en sus artículos 186 y 190, violación que era constitutiva de la sanción impuesta” (p. 325). Lo anterior evidencia claramente que, contrario a lo afirmado por la doctrina dominante, las constituciones decimonónicas no eran solamente programáticas y carentes de aplicabilidad directa, sino que sus textos constituían normas jurídicas que podrían ser aplicables por los jueces de la época (p. 328).

De acuerdo con lo anterior, a nuestro juicio resultaría sesgado negar la influencia de la *judicial review* en la consolidación del control jurisdiccional de las leyes en las democracias occidentales, así como los importantes aportes teóricos de Hans Kelsen. No obstante, América Latina en general, y Colombia en particular, experimentaron procesos históricos privativos que los distancian de los discursos hegemónicos y les otorgan una voz propia. Por ello, “no es difícil encontrar diversas providencias judiciales del siglo XIX que citaran directamente la

Constitución, para limitar competencias estatales (especialmente de los Estados en momentos de federalismo) o controlar actuaciones del poder ejecutivo” (Botero, 2012a, p. 328). Dichas citas a la Constitución sugieren su importancia jurídica, por lo que, aunque se reconoce la influencia de la *judicial review* y de la consagración de los Tribunales Constitucionales en Europa, cuando hablamos de justicia constitucional en América Latina, dicha influencia no fue la única y no se trata de una copia burda de lo que pasaba en el Norte global.

Pues bien, precisado lo anterior, podemos destacar que, si bien en el siglo XIX hubo un importante desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes en Colombia, el decurso histórico a partir de la Constitución de 1886 implementó de manera sostenida el respeto por el texto fundamental cuya defensa se consagró a un órgano judicial, aunque en términos prácticos la ley 153 de 1887 establecía que las leyes debían aplicarse, aunque contrarían la Constitución. Aunque esta Constitución tuvo un fuerte carácter conservador y presidencialista, tanto que otorgó al ejecutivo el poder de objetar los proyectos de ley tramitados y aprobados por el legislativo por considerarlos contrarios a la Carta Política, en caso de que el Congreso rechazara dichas objeciones “la Corte Suprema de Justicia era la llamada a resolver el conflicto, adoptando una decisión obligatoria para todos sobre la constitucionalidad del proyecto objetado” (Cepeda, 2007, p. 15). En este orden de ideas, Cepeda destaca dos características de este control que resaltan su trascendencia:

Primero, se trata de un control abstracto en el cual la Corte Suprema compara la ley con la Constitución, al margen de cualquier controversia en un caso concreto. Para la época, en Estados Unidos ya existía un control constitucional, pero éste solo podía efectuarse en caso de controversias concretas, usualmente entre un particular y el Estado. En Europa aún faltaban cerca de cuatro décadas para que el Tribunal

Constitucional austriaco fuera creado con funciones de control abstracto. La segunda característica es que la sentencia de inconstitucionalidad proferida por la Corte Suprema tenía efectos *erga omnes*, no *inter partes* como en el sistema estadounidense. Al ser declarado inexecutable un proyecto de ley, las normas incompatibles debían ser excluidas, “archivadas”, y, por lo tanto, no podían ingresar al ordenamiento jurídico (2007, p. 15).

Posteriormente, el sistema antes descrito fue ampliado mediante el Acto legislativo No. 3 de 1910, en cuyo artículo 40 se precisó: “En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. En concordancia, el artículo 41 de la referida reforma constitucional estableció:

Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Dentro de los cambios significativos que conllevó la reforma de 1910 y que impactaron en la historia constitucional de la república, para el caso que nos ocupa se acentúa la instauración de la acción pública de inconstitucionalidad que le permite a cualquier ciudadano demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de las leyes vigentes contrarias a la Constitución. Al respecto, explica el exmagistrado Cepeda:

En dicho acto legislativo se introdujo (i) un sistema muy accesible de control constitucional abstracto de las leyes nacionales vigentes, ya no de proyectos de ley, por medio de una “acción pública de inconstitucionalidad” –que, hasta donde tengo conocimiento, fue la primera de su tipo en el mundo en hacerse efectiva a nivel nacional–, en ejercicio de la cual todo ciudadano podía interponer, en defensa del interés público, una demanda contra cualquier ley del Congreso Nacional ante la Corte Suprema, cuyas decisiones tenían por ende efectos *erga omnes*. También contempló expresamente (ii) una “excepción de inconstitucionalidad”, por medio de la cual todo juez o funcionario público podía decidir no aplicar disposiciones legales que se consideraran inconstitucionales en caso concretos (2007, p. 18).

En este punto es importante recordar que los análisis de Hans Kelsen, considerado el padre del modelo de control constitucional abstracto y concentrado en Europa, se darían casi veinte años después de esta reforma, con lo cual se refuerza la tesis sostenida al inicio de este acápite: que Europa no es un *antecedente* del control de constitucionalidad sino una referencia indirecta, no precisamente delantera en términos cronológicos. Además de lo anterior, Cepeda (2007) resalta que la implementación del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en Colombia se dio por razones políticas, por cuanto se pretendió –cosa muy común en el Derecho colombiano– trasladar a la Corte Suprema de Justicia, es decir, al Derecho, los conflictos propios de la política.

Con esto, a partir de 1910 se consolidó en Colombia la defensa de la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional, mucho antes de que se extendiera en Europa con las teorías kelsenianas. A partir de entonces el control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia se fortaleció y ya en 1936, con la reforma de López Pumarejo, aunque se mantuvieron

las competencias de la Corte en la materia, “se incorporó a la Carta una filosofía distinta a la predominante en 1886 que en algunos casos convivía con la anterior, lo cual le ofreció al juez constitucional un mayor margen de libertad en la interpretación constitucional y lo responsabilizó de promover el desarrollo de esta nueva filosofía sobre cuyos alcances y fuentes aún existe controversia” (Cepeda, 2007, p. 21).

En 1945 hubo una leve reforma al sistema de control de constitucionalidad. Se asignó al Consejo de Estado, como cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia de conocer de las acciones públicas contra actos administrativos, con lo cual se disminuyó un poco el poder de la Corte Suprema. Durante el Frente Nacional (1958-1974), la independencia de la Corte, paradójicamente, se fortaleció a pesar de la cooptación del Estado por parte de los partidos tradicionales. Así, fungía como “árbitro” de las distintas disputas bipartidistas aparentemente al margen de la política. Desde la reforma de 1968 se había discutido la posibilidad de crear una Corte Constitucional (inspirada en el modelo europeo de control concentrado); según Cepeda “la idea de introducir esta transformación reapareció en varios momentos y tan solo se materializó parcialmente en 1979 cuando una reforma constitucional atribuyó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema funciones autónomas de decisión. No obstante, esta reforma solo estuvo en vigor unos cuantos meses porque la Corte Suprema de Justicia la declaró inconstitucional por vicios de forma” (2007, p. 27).

En 1991 se produjo un cambio trascendental en la historia de Colombia –en general– y de la justicia constitucional –en particular–. El nuevo contrato social, concebido como un tratado de paz, recogió la tradición colombiana de control de constitucionalidad de las leyes y se nutrió del modelo europeo, al crear por primera vez, con jurisdicción propia y autónoma, la Corte Constitucional. Es importante destacar que la jurisdicción constitucional incluye a todos los

jueces de Colombia encabezados por los nueve Magistrados del Tribunal Constitucional. También se expandió en control abstracto de constitucionalidad de las leyes, tanto de oficio por la Corte, en algunos casos, como al resolver la acción pública de inconstitucionalidad. Sobre esto volveremos en detalle cuando abordemos el tercer capítulo.

Así las cosas, en este primer capítulo hemos rastreado los orígenes del control de constitucionalidad de las leyes, y la evolución –de lo político a lo jurídico-político– de la naturaleza de los órganos judiciales a quienes se les encomienda la guarda e integridad de la Constitución. Como es evidente, la evolución de la justicia constitucional no es fácil de reconstruir a partir de la consolidación de las democracias en occidente, por cuanto cada una (Estados Unidos, Europa y América Latina) obedece a procesos históricos y a contextos particulares. Lo que resulta insoslayable es la evolución en sí, la realidad innegable del fortalecimiento del poder judicial como poder ‘prodemocrático’ en la práctica constitucional (Agudelo, 2014). Ahora bien, una vez consolidada la protección del texto constitucional en cabeza de un Tribunal judicial en el contexto del Estado democrático contemporáneo, surgen interrogantes relacionados con la forma en que deciden los jueces constitucionales, si sus decisiones se encuentran determinadas por factores políticos, y, en lo que atañe a esta investigación, la posible influencia que ejerce o debería ejercer la sociedad civil en la hermenéutica constitucional realizada por los magistrados constitucionales en sus providencias. En este orden, en el próximo capítulo nos aproximaremos al concepto de sociedad civil desde las diversas perspectivas que la orbitan.

2. La sociedad civil

2.1 El concepto de sociedad civil en la historia

Uno de los retos más importantes de la presente investigación fue el de lograr una reconstrucción conceptual de la sociedad civil. Qué es la sociedad civil y cuál es su papel en la contemporaneidad fue uno de los interrogantes que giró en torno de la pesquisa académica realizada. A medida que nos adentramos en las profundidades de la historia de la filosofía política, pudimos llegar a la conclusión de que dicho concepto, a pesar de su importancia, es polisémico, esquivo e, incluso, utilizado de forma imprecisa por algunas instituciones del Estado, como lo veremos en el caso de la Corte Constitucional de Colombia.

Así pues, algunos autores reunidos por Flórez (2011a) establecen los orígenes de la sociedad civil en las teorías contractualistas de Hobbes y Rousseau. Por su parte, Becch (1993) y Santos (2002) difieren de esta postura al establecer la procedencia del precitado concepto en Hegel, particularmente en su celeberrima *Filosofía del Derecho* de 1817. A su vez, Bobbio (1977), aunque reconoce la influencia de Hegel en los orígenes de la sociedad civil, considera que es Gramsci el pensador más influyente a la hora de evocar dicha categoría. Por último, Cohen y Arato (2002) entienden la sociedad civil como un concepto clave a la hora de concebir la teoría democrática actual y la vinculan a la ética del discurso habermasiana.

Teniendo en cuenta la anterior complejidad conceptual, la bibliografía consultada nos permitió establecer algunos criterios hermenéuticos que posibilitan comprender el concepto de sociedad civil de acuerdo con cuatro episodios que podríamos asemejar a la estructura más común de un libro: prólogo, introducción, desarrollo y epílogo. En primer lugar, podemos ubicar una etapa previa o un prólogo a lo que habría de ser la sociedad civil como la conocemos hoy, cuya base es el contractualismo encarnado por Hobbes y Rousseau. En segundo lugar, tenemos la

introducción (entiéndase el término en su sentido literal) cuyo principal exponente es Hegel. En tercer término, identificamos un desarrollo de dicho concepto abanderado por Gramsci; y, por último, un “epílogo” en cabeza de Cohen y Arato (2002) sobre la sociedad civil y el debate contemporáneo. Posteriormente, se elaboró un acápite para rastrear el concepto de sociedad civil manejado por la Corte Constitucional de Colombia.

2.2 Prólogo al concepto de sociedad civil: Hobbes y Rousseau

Cohen y Arato (2002, p. 116) reconocen explícitamente que la “sociedad” de la ilustración fue el prototipo del concepto moderno de sociedad civil. En lo que respecta a Thomas Hobbes, es importante volver a la dicotomía Estado natural–Estado civil desarrollada principalmente en el *Leviatán* y en *De Cive*. El Estado de naturaleza hobbesiano predica que todos los hombres son libres e iguales, por consiguiente, todos tienen la posibilidad de hacer o dejar de hacer todo aquello que les permita conservar el bien máspreciado, que es la vida. En este contexto, Hobbes presenta al hombre como un ser en constante lucha por la obtención de las pasiones placenteras y la inhibición de dolores, que solo cesan con la muerte, así como el deseo incontenible de poder (Ruiz, 2008, p. 82), lo anterior, por cuanto, se reitera, para Hobbes todos los hombres son iguales en virtud de la ley de la naturaleza, porque las desigualdades corresponden a la ley civil.

Así pues, teniendo en cuenta que el Estado de naturaleza es insostenible en virtud del miedo, que es su consecuencia natural, el hombre, no por naturaleza (como lo predicaba Aristóteles¹²) sino por pura persuasión racional, suscribe el pacto de sumisión que origina el

¹² Dice Aristóteles que es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre. La razón

Estado. En resumen, el miedo del hombre a una muerte violenta lo lleva a someterse y a encomendar su libertad a un tercero imparcial que de por sí no hace parte de los asociados que suscriben el Pacto: el Leviatán¹³. En consecuencia, “la guerra indiscriminada se reemplaza por el debate político y la tensión regulada, pero latente, renunciando, así, todos, a la agresión física (...) Hobbes da la transición entre estado de naturaleza y estado civil, por medio del pacto de no agresión, el cual conlleva, con el tiempo, no al fin de la tensión, sino al de la violencia y al de la defensa propias” (Botero, 2012a, pp. 97-98). Lo anteriormente expuesto puede concluirse en los siguientes términos:

En primera instancia, el contrato social en Hobbes parte de una visión hipotética del estado natural donde los hombres se hallaban en una guerra de todos contra todos. Debido a sus pasiones (miedo a la muerte y deseo del disfrute a largo plazo de su bienestar) y mediante el uso de la razón, ellos sintieron la necesidad de ceder su persona a un poder común como es el Estado civil representado en el soberano que les brindara la seguridad y la paz a sus fieles contratantes. Y en segunda instancia, para la realización del contrato existen unos aspectos de suma importancia como las condiciones del convenio, los signos contractuales y la superación del estado natural (Flórez, 2011a, p. 41).

por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra.

¹³ De acuerdo con Ruiz, el Leviatán es un gran cuerpo artificial creado por el **miedo** de los hombres a perecer en el estado de guerra y por la necesidad de obtener la satisfacción de sus apetitos, ostenta el poder de crear la ley y con ella **el castigo**, para repeler toda acción producto de las pasiones de los hombres en su eterna búsqueda por la (utópica) felicidad.

Al superar el *estado natural*, surge el *estado civil* del contractualismo, el cual, apartado del concepto de Estado, se relaciona con lo que hoy entendemos como sociedad civil. Si bien Hobbes maneja los términos cuyos equivalentes en la actualidad son *Estado*, *Estado civil* y *sociedad civil* como sinónimos (la separación y la distinción vendrán con Hegel), la transición del estado de naturaleza al estado civil (que origina el Leviatán), nos permite hoy separar dichos conceptos a partir de sus significaciones. El prototipo de sociedad civil diseñado por Hobbes (2016), sin decir explícitamente que estaba hablando de sociedad civil y no de Estado¹⁴, nos permite hoy entender que sin aquella distinción difícilmente podría hoy hablarse de sociedad civil tal como la conocemos en la actualidad. En otras palabras, la decisión del hombre de someterse a un tercero imparcial en beneficio propio y no de ese tercero es lo que hoy justifica las luchas de la sociedad civil para influir en las decisiones de las autoridades estatales.

Rousseau (1998), aunque tiene una visión de la naturaleza del hombre completamente distinta a Hobbes, coincide con este en la necesidad de crear una sociedad civil basada en la razón. No obstante, para Rousseau el pacto social no se justifica únicamente en la razón, sino que incorpora un elemento fundamental: la voluntad general, la cual, como es sabido, difiere de la voluntad de todos. En palabras de J.J. Rousseau:

Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta solo atiende al interés común, aquélla al interés privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares; pero suprimid de estas mismas voluntades las más y las menos que se destruyen entre sí y quedará por suma de las diferencias la voluntad general (1998, p. 26).

¹⁴ Léase *Commonwealth*.

En otras palabras, la voluntad general se traduce en la “medida aritmética entre todas las voluntades individuales en cuanto éstas se dan como fin una especie de egoísmo abstracto que se realizará en el estado civil” (Durkheim, 1990, p. 131). De acuerdo con lo anterior, la voluntad general determina el actuar de los individuos y de las instituciones del Estado. Aunque Rousseau tampoco establece la dicotomía Sociedad civil – Estado, Flórez (2011a) destaca que del concepto de voluntad general es posible advertir claramente un preludio de lo que posteriormente la filosofía política habría de entender por sociedad civil.

En el lenguaje de la contemporaneidad, podemos interpretar que la sociedad civil es la sociedad dotada de razón que se puso de acuerdo para crear el Estado, en virtud del contrato social, y que el Estado no participó de la suscripción del contrato, sino que es un tercero imparcial que garantiza la convivencia, los derechos y las libertades. Así, siguiendo este hilo hermenéutico, la realización del contrato social implica la racionalización del poder y de allí se deriva su consecuencia natural: el control de su creador, es decir, de la sociedad civil. A partir de estos brevísimos antecedentes, podremos abordar la introducción y el desarrollo hegeliano del concepto de sociedad civil, el cual le otorgó independencia respecto de la existencia del Estado y abonó el terreno para los posteriores análisis de dicha significación.

2.3 Introducción: La sociedad civil hegeliana

La aproximación al concepto de sociedad civil hegeliano reviste importantes complejidades, por cuanto “a diferencia del concepto de Estado, que tiene una larga tradición, el concepto de sociedad civil, que procede de Hegel y aparece especialmente en el lenguaje de la teoría marxiana de la sociedad, suele utilizarse, incluso en las obras filosóficas, de manera menos técnica y rigurosa y con significados que varían según los textos” (Bobbio, 1977, p. 155).

El abordaje de la noción referida implica la remisión obligatoria a Hegel, quien fue el primero en desarrollarla y sistematizarla, por ello, “lo relevante en la imagen que Hegel nos presenta de la sociedad civil no son los medios que propone para organizarla; lo que importa es su caracterización no simplemente como sistema económico, sino como conjunto de sistemas y centros de valor sobre los cuales se asienta la modernidad” (Becch, 1993, p. 408).

Hegel fundamenta su concepto de sociedad civil en *la persona concreta*, en cuanto totalidad y mezcla de necesidad natural y arbitrio (Hegel, 1968, p. 172), en relación con las demás personas. Con ello, el padre del idealismo alemán sintetiza su concepción de sociedad civil acudiendo a la metáfora de una cadena cuyos eslabones son los individuos:

Los individuos, como ciudadanos de este Estado, son *personas privadas* que tienen por fin particular su propio interés. Puesto que éste es influenciado por lo universal, que, en consecuencia, aparece como *medio*, puede ser alcanzado por aquéllos no solo en cuanto ellos mismos determinan de un modo universal su saber, querer y hacer, y se constituyen como *anillos* de la cadena de esta *conexión*. Aquí, el interés de la Idea, que no reside en la conciencia de esos miembros de la sociedad civil como tales, es el *proceso* de elevar su individualidad y naturalidad a libertad formal y a universalidad formal del *saber* y del *querer* mediante la necesidad natural, de igual modo que por medio del arbitrio de las necesidades, de *constituir* la subjetividad en su particularidad (Hegel, 1968, p. 174).

Así pues, en la *Filosofía del derecho* de Hegel, “la sociedad civil no solo comprende la esfera de las relaciones económicas, sino también sus formas de organización ya sean espontáneas o voluntarias, las corporaciones en su primera y rudimentaria reglamentación en el Estado policial” (Bobbio, 1977, p. 160).

En este sentido, Hegel concibe la sociedad civil como un mundo complejo, “gobernado por valores específicos, que se ha intentado explorar en toda su amplitud de significado y en sus relaciones histórico-conceptuales” (Becch, 1993, p. 416). Naturalmente, el contexto del pensador alemán obedece al mundo de la laboriosidad burguesa, “pero también el de las libertades individuales, regulado por el derecho, garantizado por la policía. En su centro, donde se retorna la línea subterránea que proviene del derecho abstracto, reaparece concretamente realizado el valor infinito de la libertad subjetiva” (Becch, 1993, p. 416).

En concordancia con lo anterior, Norberto Bobbio (1977) precisa que el desarrollo del concepto de sociedad civil que Hegel llevó a cabo constituye una innovación radical respecto de la tradición iusnaturalista, en la medida en que antes se pensaba la sociedad civil como *sociedad política*, y, con Hegel, dicho concepto fue utilizado para hacer referencia a la sociedad prepolítica, “a aquella fase de la sociedad humana a la que hasta entonces se había denominado sociedad natural” (Bobbio, 1977, p. 156). Así pues, “mientras que el Estado hobbesiano y rousseauiano excluye definitivamente el estado de naturaleza, el Estado hegeliano *contiene* la sociedad civil, que es la historización del estado de naturaleza, o sociedad natural de los iusnaturalistas” (Bobbio, 1977, p. 151).

El sociólogo Boaventura de Sousa Santos, evocando a Hegel, precisa que “la sociedad civil es el “sistema de necesidades”, la destrucción de la unidad familiar y la atomización de sus miembros, en suma, el dominio de los intereses particulares y del egoísmo, un estadio que será superado por el Estado, el supremo unificador de los intereses, la idea universal, la concreción plena de la conciencia moral” (Santos, 2002, p. 21). El mismo autor destaca las dos vertientes que se pueden extraer de la sociedad civil hegeliana:

De algún modo hay en Hegel dos líneas de pensamiento sobre el Estado y la sociedad civil. Una, altamente subsidiaria del pensamiento liberal inglés y francés, es la distinción conceptual entre el Estado y la sociedad civil como entidades contradictorias. La otra es la idea de que el concepto de sociedad civil no está en el mismo pie de igualdad (en el mismo nivel especulativo) que el concepto de Estado: corresponde a un estado menos desarrollado de la conciencia para ser efectivamente acogido en el Estado y, en ese sentido, la separación entre Estado y sociedad civil como dos conceptos opuestos y al mismo nivel de abstracción es teóricamente insostenible (Santos, 2002, p. 21).

Finalmente, Esquivel y Chávez (2011) precisan que la interpretación de Hegel de la sociedad civil, que en los hechos constituye un renovado uso del concepto, da pie a dos lecturas que parten del mismo supuesto de una esfera (separada analíticamente) de intermediación entre el Estado y la familia (o un nivel microsocial muy básico), pero que tienen una orientación ideológica contrapuesta como son el marxismo y el liberalismo (p. 67).

2.4 Desarrollo: La sociedad civil gramsciana

En el texto “Gramsci y la concepción de la sociedad civil” Bobbio (1977) comienza por reflexionar sobre el surgimiento del Estado moderno y su concepción como “el momento más elevado y definitivo de la vida humana en común” (p. 150), producto de la razón humana sobrepuesta a las pasiones e intereses. Dentro de esta gran concepción confluyen dos grandes posturas: por una parte, las teorías realistas que describen al Estado *como es* (el autor alude a Maquiavelo) y teorías jusnaturalistas que se decantan por el planteamiento de modelos ideales del Estado (*como debería ser*), entre estos últimos se alude a Hobbes, Rousseau y Kant.

Por otra parte, como lo afirmamos en el acápite anterior, Hegel “representa la disolución y el término de esas dos concepciones” (Bobbio, 1977, p. 151), al presentar, en la *Filosofía del derecho*, “la racionalización del Estado como el fin de un movimiento de la realidad histórica, no como un mero arquetipo ideal” (p. 151). Es decir que, para Hegel, el proceso de racionalización del Estado no es un ideal o un *deber ser* sino una realidad concreta que obedece a los cauces del espíritu en de la Historia. Con base en lo anterior, Bobbio sintetiza la racionalización del Estado en tres variantes principales:

En primer lugar, el Estado considerado como negación radical, eliminación y derrocamiento del estado natural, que comporta la renovación o *restauratio ab imis* de la fase anterior a la constitución del Estado, modelos propuestos y sustentados principalmente por Hobbes y Rousseau. En segundo lugar, el Estado como conservación-*regulación* de la sociedad natural y, por ello, entendido no como *alternativa* sino como reorganización o *perfeccionamiento*, respecto de la fase anterior, siguiendo a Locke y a Kant. Por último, la visión hegeliana que concibe el Estado como conservación y *superación* de la sociedad preestatal; en este caso, el Estado es un momento *nuevo* y no un simple perfeccionamiento, en contraposición a los modelos propuestos por Locke y Kant, sin por ello constituir una negación absoluta, una alternativa, a diferencia del modelo de Hobbes y Rousseau (Bobbio, 1977, p. 151).

De allí que Marx y Engels se hayan valido de las tesis hegelianas para –en su particular interpretación– proponer: primero, que el Estado es un aparato de coerción que no eliminó el estado de guerra de *todos contra todos*, sino que se erigió como un aparato de violencia concentrada *en contra de* la clase obrera (concepción instrumental del Estado). Segundo: que el Estado es un instrumento mediante el cual una clase oprime y domina a la otra (concepción

particularista del Estado); y tercero: que el Estado es un momento secundario subordinado a la sociedad civil, ésta última lo regula y condiciona (Bobbio 1997, p. 153).

Sobre esto último, es decir, la concepción en virtud de la cual el Estado es un momento secundario, subordinado, regulado y condicionado por la sociedad civil, se erige la Teoría del Estado propuesta por Antonio Gramsci, pensador italiano para quien el Estado es (Bobbio, 1977, pp. 153-154):

- ✓ Un aparato, un instrumento y no un fin en sí mismo.
- ✓ Aquel que representa intereses de una clase en particular, y no de todos.
- ✓ No es una entidad superior a la sociedad; por el contrario, la sociedad lo condiciona y lo subordina.
- ✓ Es una institución transitoria (no permanente) que está destinada a desaparecer con la transformación de la sociedad sobre la que se sustenta.

Así las cosas, Bobbio argumenta que el concepto *sociedad civil* es clave para entender el pensamiento político de Gramsci, por su particular apropiación e interpretación del término. Esquivel y Chávez, (2011, p. 73) destacan que “lo relevante del planteamiento de Gramsci es que por primera vez se habla de un ente social diferenciado del Estado, pero además diferenciado del poder económico (o del mercado) y de la sociedad civil como el espacio de la construcción de la hegemonía”. A pesar de que Gramsci toma el concepto primigenio de *sociedad civil* hegeliano, lo reinterpreta y adecúa a su pensamiento político, por cuanto “introduce una profunda innovación respecto de toda la tradición marxista, precisamente porque esclarece la naturaleza de la sociedad civil y su colocación en el sistema” (Bobbio, 1977, p. 159). Al respecto, Bobbio complementa:

El problema de la relación entre Marx [y Engels] y Gramsci se puede presentar de forma aún más neta: para Marx y para Gramsci la sociedad civil representa el momento activo y positivo del desarrollo histórico, mientras que para Hegel lo era el Estado. La diferencia estriba en que para Marx dicho momento se encuentra en la estructura y para Gramsci en la sobreestructura. En otras palabras, ambos hacen hincapié en la sociedad civil, más que en el Estado, como lo había hecho Hegel. Clausuran la tradición jusnaturalista y dan la vuelta a Hegel. La diferencia radica en que Marx lo invierte pasando del momento sobreestructural o condicionado al momento estructural o condicionante; por el contrario, la inversión de Gramsci sucede en el interior de la sobreestructura. Cuando se dice que el marxismo de Gramsci revaloriza la sociedad civil en relación con el Estado, se olvida señalar qué significado tiene la expresión «sociedad civil» para uno y otro autor. Con esto no quiero disminuir el marxismo de Gramsci, sino llamar la atención sobre el hecho de que la revalorización de la sociedad civil, más que vincularlo a Marx, lo distingue de él (corchetes en el original) (Bobbio, 1977, p. 160).

En este orden de ideas, Bobbio destaca que Gramsci desarrolló su concepto de sociedad civil expresamente de Hegel y no de Marx, postura que comparten Cohen y Arato (2002, p. 174), como ya se dijo, mientras que para Marx la sociedad civil se ubica en la estructura, para Gramsci se establece en la sobreestructura. De hecho, para el pensador italiano la sociedad civil desempeña un papel primordial en el fin del Estado, en tanto que, “el fin del Estado es la reabsorción de la sociedad política en la sociedad civil” (Bobbio, 1977, p. 170). En palabras del propio Gramsci:

Es posible, por ahora, establecer dos grandes «planos» superestructurales, el que se puede llamar de la «sociedad civil», o sea del conjunto de organismos vulgarmente

llamados «privados», y el de la «sociedad política o Estado» y que corresponden a la función de «hegemonía» que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad y al de «dominio directo» o de mando que se expresa en el Estado y en el gobierno «jurídico» (Gramsci, 1981, T4, C 12, § 1, 357).

Finalmente, es importante recalcar la dicotomía marxista *proletariado–burguesía*, pues para esta corriente del pensamiento el proletariado corresponde a la sociedad civil y la burguesía, al Estado. En otras palabras, “la sociedad civil, desde esta postura, es asociada directa o definitivamente fundida en la clase proletaria y tiene, por consiguiente, la misión histórica de derrocar al Estado burgués” (Esquivel y Chávez, 2011, p. 71). Esta visión marxista de la sociedad civil es “refinada” por Gramsci, quien concibe la sociedad civil como el “contexto de grupos de acción autónomos distintos del poder económico y del Estado” (Esquivel y Chávez, 2011, p. 72). Como vemos, al separar la esfera mercantil de la esfera social organizada, Gramsci se distancia de Hegel (y de Marx) y proyecta su propia concepción de sociedad civil, caracterizándola como aquel espacio de la sobreestructura (contrario a lo que pensaba Marx, que la ubicaba en la estructura) en el que se funda la hegemonía. En palabras de Cohen y Arato (2002, p. 174): “El alejamiento más decisivo de Gramsci tanto de Hegel como de Marx es su opción muy original por una estructura conceptual tripartita. A diferencia de la versión de Hegel, y más convincentemente, Gramsci situó a la familia y a la cultura política al nivel de la sociedad civil. Sin embargo, a diferencia de Hegel y Marx no incluyó la economía capitalista en este ámbito”. Así, la visión gramsciana de la sociedad civil vinculada al proletariado como clase social y desvinculada de la economía, constituye un avance, pero no una conceptualización definitiva de lo que hoy entendemos por sociedad civil en el marco de las democracias contemporáneas.

2.5 Epílogo: La sociedad civil y el debate contemporáneo

El neomarxismo encarnado en Habermas se mantiene en la postura marxista de separar la sociedad civil del Estado y proyectarlos como dos entes in(ter)dependientes, siguiendo la concepción parsoniana de la sociedad civil en clave sistémica. Para Habermas, la acción comunicativa es la integración social cuya institucionalización corresponde al concepto contemporáneo de sociedad civil. Frente al concepto de acción comunicativa, Habermas lo resume en una de su grandes obras, *Facticidad y validez*, a saber:

El concepto básico de acción comunicativa explica cómo la integración social puede producirse a través de la capacidad de establecer vínculos que tiene el lenguaje intersubjetivamente compartido. Éste impone restricciones a los sujetos que quieren hacer uso de las energías de vínculo del lenguaje y los obliga a salir del egocentrismo de su orientación al éxito para exponerse a los criterios públicos de racionalidad propios del entendimiento intersubjetivo. Desde este punto de vista la sociedad se presenta como mundo de la vida simbólicamente estructurado, que se reproduce a través de la acción comunicativa (Habermas, 2005, p. 88, nota al pie de página).

Así, en Habermas nociones como “opinión pública” se manifiestan en el espacio de esa gran esfera pública institucionalizada que caracteriza la existencia de la sociedad civil. En consecuencia, para el filósofo alemán “la publicidad es inherente a la sociedad civil, pues se contrapone al secretismo propio de los estados absolutistas. Por ello, las sociedades secretas como las logias y las sectas no pueden considerarse como parte de la sociedad civil” (Esquivel y Chávez, 2011, p. 75). En palabras de Habermas, la sociedad civil se encuentra estructurada por el espacio público como un ámbito propio que se define como:

Esa trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria, que ancla las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública en el componente del mundo de la vida, que, junto con la cultura y con la personalidad, es la sociedad (Habermas, 2005, p. 447).

Siguiendo esta posición hermenéutica, en la teoría política de Habermas la sociedad civil se desempeña en el ámbito de su consabido concepto de “mundo de la vida”¹⁵. Frente a esto:

Andrew Arato y Jean Cohen consideran que los conceptos de sistema y mundo de la vida y la interacción entre ambos permiten desarrollar lo que se considera, hasta ahora, el más avanzado modelo de interpretación sobre la sociedad civil, esquema que, aunque también con limitaciones, ha permitido indagar sobre un tema por muchos años descuidado: la sociedad civil” (Esquivel y Chávez, 2011, p. 76).

De otra parte, a través de la ética del discurso como condición de posibilidad para la existencia de la sociedad civil en la contemporaneidad, Cohen y Arato relacionan el ejercicio democrático de la sociedad civil con los derechos fundamentales, a través de tres formas posibles: En primer lugar, la ética del discurso puede presuponer derechos universales fundamentales, pero las metanormas del discurso racional no podrían por sí mismas proporcionar “la base” o principio de esos derechos. En segundo lugar, los derechos fundamentales pueden entrar como el contenido de un posible consenso racional y, por último, los derechos fundamentales pueden estar implícitos en los metaprincipios de la ética del discurso (2002, p. 443).

¹⁵ El concepto de mundo de la vida es el fundamento de sentido que otorga la práctica comunicativa y cotidiana, que permite tener una experiencia de las cosas que nos rodean. Conviene añadir que, en Habermas, el mundo de la vida se transforma en sociedad civil cuando adquiere un carácter institucional.

En sentido similar, Chinchilla (1987) concibe la sociedad civil actual como aquello que se opone a la barbarie y a la guerra del *todos contra todos*, perspectiva de raíces hobbesianas. Para este autor, la sociedad civil actual “se cohesiona y compacta dentro del marco del Estado soberano como organización soberana de poder centralizado y perfeccionado que opera dentro de una comunidad nacional y se constituye en el cerrojo de todo el orden social” (p. 59).

Así también, para Vilas (1994):

El término sociedad civil incluye hoy temas y actores que van desde la vida cotidiana y las relaciones interpersonales en el hogar hasta organizaciones amplias de base territorial, étnica, de género, generacional; organizaciones orientadas hacia cuestiones ambientales, culturales, económicas, ciudadanas y de cualquier otra índole que de alguna otra manera tengan que ver con las precauciones y las expresiones de la vida humana (p. 4).

En este orden, la sociedad civil de hoy articula lo público con lo privado “y señala el papel de lo privado en la gestación de las condiciones para la acción colectiva diferente de la sociedad política (partidos, legisladores, tribunales, agencias estatales) y del mercado” (p. 4). Con base en lo anterior, podemos concebir la sociedad civil actual como una versión posmodernista de la sociedad civil clásica, por cuanto es “el resultado de una pluralidad de identidades contingentes y niega la existencia de predeterminaciones o “necesidades objetivas” en la definición de esas identidades: identidad son simplemente las historias que nos contamos a nosotros mismos respecto de quiénes somos” (Vilas, 1994, p. 7).

Vilas resalta asimismo el carácter *político* de la sociedad civil, teniendo en cuenta que las exigencias de la sociedad civil impactan en todos los ámbitos de la vida política:

Ciertamente las demandas que la sociedad civil plantea no se reducen al terreno de la economía: la demostración es claramente uno de los ejes centrales de la activación reciente de la sociedad civil en América Latina. Pero los actores que se movilizan por la democratización, y por impulsar ésta por encima de sus fronteras convencionales de lo público y lo económico –aunque sin dejar de lado lo público y lo económico–, son ante todo los actores del mundo de los pobres y de los oprimidos (Vilas, 1994, p. 9).

Así las cosas, si bien en la contemporaneidad podemos concebir la sociedad civil como una categoría de raíces hegelianas, en virtud de las nuevas dinámicas sociales como el auge de partidos y movimientos políticos, grupos de presión, corporaciones, organizaciones de derechos humanos (inexistentes en la época de Hegel), este concepto ha resurgido principalmente en las últimas décadas revestido de unas características que le otorgan una fuerza política de tal magnitud que le permite influir en las decisiones de las autoridades en general y del Tribunal Constitucional en particular. Por ello, la participación ciudadana en los regímenes constitucionales contemporáneos es un elemento inherente al mismo régimen, como bien lo resalta el filósofo John Rawls en la Introducción a las *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*:

En principio, cabría suponer que un régimen constitucional no puede durar mucho si sus ciudadanos no participan desde el primer momento en la política democrática con unas concepciones y unos ideales que respalden y refuercen sus instituciones políticas básicas. Por otra parte, dichas instituciones se encuentran más seguras cuando, a su vez, sustentan tales concepciones e ideales. Sin embargo, los ciudadanos y las ciudadanas seguramente adquieren esas concepciones e ideales en

parte (aunque sólo en parte) a partir de las obras y los artículos de la filosofía política, que pertenecen a la cultura general de fondo de la sociedad civil y de las que hablan y leen en sus conversaciones, en sus lecturas y en las facultades y escuelas universitarias en las que se forman como teóricos o como profesionales. Son espectadores, además, de los artículos de opinión y los debates que sobre esas ideas aparecen en los periódicos y en las revistas (Rawls, 2009, p. 32).

Por lo anterior, son varios los autores que hablan del protagonismo de la sociedad civil en las democracias contemporáneas. En este orden, Santos (2002), analiza el “resurgimiento de la sociedad civil” como un fenómeno tan complejo como el mismo concepto de sociedad civil, con base en tres lógicas diversas:

La primera nos remite a la concepción liberal clásica de la sociedad civil (como pluralidad atomística de intereses económicos privados) y domina hoy el discurso político, sobre todo el conservador, en las sociedades capitalistas tanto centrales como periféricas o semiperiféricas. La segunda subyace a los nuevos movimientos sociales (ecológicos, de derechos humanos, pacifistas, feministas) y se delimita más o menos radicalmente en la concepción liberal, apelando a la idea de una sociedad civil postburguesa y antimaterialista. La tercera fue la que dominó la reflexión teórica disidente en la fase final de los regímenes socialistas del este europeo: la sociedad civil socialista, diferente de cualesquiera de las otras dos concepciones anteriores” (Santos, 2002, p. 23).

Por otra parte, en términos actuales, Suñé (1998) plantea unos requisitos “mínimos” que deben cumplir los Estados contemporáneos para que pueda hablarse de una verdadera existencia de una sociedad civil, estos son: democracia, principio de legalidad y Estado de Derecho,

reconocimiento y protección de los derechos humanos, equilibrio de poder en el seno del Estado, división de poderes e independencia del poder judicial, equilibrio de poder entre el Estado y la sociedad civil y una razonable dimensión del Estado (pp. 36-37). Estos elementos deben ser concurrentes para que pueda predicarse la existencia de una verdadera sociedad civil. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el concepto de sociedad civil en la contemporaneidad se encuentra vinculado, por lo menos doctrinariamente, con los derechos humanos y con la ética del discurso.

Como complemento a la concepción contemporánea de la sociedad civil, traemos a colación a Nancy Fraser (2006), quien destaca la importancia de la inclusión de instituciones no mercantilizadas en la esfera de la sociedad civil: jurídicas, políticas, culturales, educativas, asociativas, religiosas, familiares, estéticas, administrativas, profesionales, intelectuales (p. 60). Esta postura se adecua a la posición moderna que desliga la sociedad civil de la esfera meramente económica (posición hegeliana) y recalca que:

Cuando estas instituciones cobran cierta autonomía, cada una desarrolla su propio patrón de valor cultural, relativamente adaptado, para regular la interacción. Sin duda, estos patrones se solapan, pero no llegan a coincidir por completo. Por consiguiente, en la sociedad civil, los diferentes centros de interacción están regidos por distintos patrones de valor cultural; y los actores sociales ocupan posiciones distintas en centros diferentes: la paridad se niega aquí o allá, dependiendo de las distinciones que triunfen en un determinado ambiente. Además, el ascenso de la sociedad civil está relacionado a menudo con el advenimiento de la tolerancia, que permite la coexistencia de diferentes subculturas y pluraliza aún más los horizontes de valor. Por último, la sociedad civil moderna tiende a estimular los contactos

transculturales; al reunir el comercio, los viajes y las redes transnacionales de comunicación, pone en marcha o acelera los procesos de hibridación cultural. En general, pues, la sociedad civil pluraliza e hibrida los horizontes de valor, contribuyendo, por tanto, como la mercantilización, a modernizar la subordinación de estatus (Fraser, 2006, p. 60).

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos doctrinales, conviene entonces referirnos al concepto de sociedad civil particularmente abordado por la Corte Constitucional, a efectos de comprender mejor el objeto de análisis de la presente investigación.

2.5 La Corte Constitucional de Colombia y el concepto de sociedad civil

En el primer capítulo de la presente investigación rastreamos los orígenes de la justicia constitucional en general y de los tribunales constitucionales en particular, hasta el surgimiento, en Colombia, de la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991. Desde su creación, la Corte Constitucional ha tomado decisiones trascendentales que han reconfigurado el ejercicio de la política y el goce de los derechos fundamentales. En este orden, para los efectos de este trabajo resulta de gran importancia precisar qué entiende la Corte Constitucional por sociedad civil, si se acerca más a la concepción hegeliana, gramsciana o habermasiana o si tiene una visión propia o *sui generis* del aludido concepto. Para esto, como es natural, habrá que recurrir al lenguaje de la Corte, es decir, a sus sentencias.

En primer lugar, en la Sentencia C-015 de 1996 la Corte proyecta un amplísimo concepto de la sociedad civil, al precisar que está constituida por la “persona humana integrada a sus congéneres”. De todas formas, en esta providencia la Corte separa claramente la sociedad civil del Estado, al referirse a las políticas institucionales y su finalidad:

La elaboración e instauración de un Plan de Desarrollo encuentra uno de sus fundamentos primordiales en la necesidad de ordenar la política estatal hacia el logro de los objetivos que incorpora la noción del Estado Social de Derecho, que no podría entenderse ni alcanzar la plenitud de sus objetivos ni tampoco realizar lo que es de su esencia sino sobre la base de que el orden jurídico y la actividad pública están ordenados a satisfacer los intereses de quienes integran la sociedad civil. Numerosos son los artículos de la Constitución que aluden a la sociedad como objetivo del ordenamiento jurídico y como artífice, junto con el Estado, de los principales logros que su preceptiva procura realizar.

Como vemos, la primera característica del concepto de sociedad civil expresado por la Corte es su separación y diferenciación del concepto de Estado. En segundo lugar, la Sentencia C-580 de 2001 mantiene la noción general de sociedad civil precisando que las instituciones del Estado son el *conducto* por el cual aquella expresa su derecho a participar en los diversos aspectos de la vida social. No obstante, en esta providencia se restringe el marco hermenéutico al presentar una sociedad civil desde una perspectiva liberal clásica, al vincularla a las organizaciones y las entidades cívicas autónomas. Dice la Corte en la referida sentencia:

Es incuestionable que la sociedad civil es uno de los actores principales en el proceso de participación democrática, principalmente a través de las organizaciones y entidades cívicas autónomas que representan, aglutinan y articulan la voluntad de la comunidad en torno a objetivos comunes, circunstancia que, vale decirlo, hace de estas instituciones interlocutores calificados en las instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que desarrolla el Estado.

Por tal motivo, compete al Estado fomentar y promover la participación de la sociedad civil a través de las distintas organizaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común que no sólo contribuyen a la buena marcha de la actividad estatal actuando como veedores, sino que también facilitan y legitiman la toma de decisiones oficiales al posibilitar la consulta de las reales necesidades e intereses de la comunidad. No obstante, el Estado al convocar la participación de la sociedad civil no puede pretender descargar sus propias responsabilidades en esos actores sociales y tampoco puede reproducir en ellos su estructura y principios, menos aún sus defectos (Corte Constitucional, C-580 de 2001).

En resumen, la Corte deja en claro la necesidad de que exista una articulación entre la sociedad civil y el Estado sin que ello implique la transferencia de obligaciones que constitucionalmente le competen al Estado. Por su parte, la Sentencia C-251 de 2002 destaca la *autonomía* de la sociedad civil y se esfuerza por apartarla de la influencia directa de las instituciones del Estado, principalmente del poder ejecutivo. En esta providencia, la Corte declaró inexecutable en su totalidad la Ley 684 de 2001, *Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones*, al considerar que este cuerpo normativo permitía que el poder ejecutivo absorbiera la sociedad civil, con lo cual se desconocía su autonomía de rango constitucional. En palabras del Alto Tribunal:

Los rasgos democráticos y pluralistas del Estado colombiano condicionan también la legitimidad constitucional de las políticas de seguridad y defensa, pues implican que esas estrategias deben respetar el pluralismo y la participación democrática, así

como la autonomía de la sociedad civil, por lo que no es válido, ni siquiera en las más graves crisis institucionales, intentar que ciertos aparatos del Estado, como el ejecutivo, absorban la sociedad para ponerla integralmente a sus órdenes (Corte Constitucional, C-251 de 2002).

Ahora bien, si queremos ser minuciosos, y consecuentes con lo que hemos investigado hasta este punto, valdría la pena reflexionar sobre la postura de la Corte Constitucional en cuanto a reconocer la existencia de la sociedad civil *en virtud* o *con ocasión* de la existencia del Estado. Si desde Hobbes y Rousseau existen marcos interpretativos que permiten ubicar a la sociedad civil previa a la existencia del Estado, es decir, que el Estado *depende de* y *obedece a* la sociedad civil y no lo contrario, esta postura nos permite argumentar que es la sociedad civil la que en virtud de la persuasión racional crea el Estado y lo pone a su servicio, y no el Estado el que crea, *acoge* o protege a la sociedad civil, como una concesión derivada de la existencia de los derechos fundamentales.

Estos reparos pueden advertirse asimismo en la Sentencia C-608 de 2017, a través de la cual la Corte analizó la exequibilidad del Decreto Ley No. 885 de 2017 relacionado con la creación del Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia, en el marco del Proceso de Paz adelantado con las FARC E.P. En esta providencia, el Alto Tribunal destacó la “colaboración armónica” que debe existir entre todos los órganos del Estado y la sociedad civil y reafirmó su postura en concebirla como un actor de relevancia en la toma de decisiones. La Corte precisó también que la extensión de la participación a múltiples y diversas organizaciones de la sociedad civil resultan constitucionalmente posibles en la medida en que materializan los principios superiores de participación y deliberación. Parece en este punto que la Corte entiende a la sociedad civil como el conjunto de “ciudadanos organizados”, aunque en nuestro sentir el

concepto de ciudadano es mucho más restringido, por cuanto su reconocimiento se deriva de la existencia del contrato social, mientras que la sociedad civil, por ser previa, *crea* el Contrato, y no es producto de este. Es, en este sentido, la sociedad civil la que otorga existencia y dimensión al Estado y configura conceptos políticos como el de “ciudadano”, “persona”, etc.

En la Sentencia T-315 de 2019, la Corte restringió nuevamente el concepto de sociedad civil, al establecer que esta es “un actor indispensable en el proceso de participación democrática, lo que se logra por medio de organizaciones que reúnan la voluntad de la comunidad en pro de la consecución de objetivos comunes, por lo que se convierten en interlocutores calificados en materia de concertación, control y vigilancia, de las actuaciones que desarrollan las autoridades administrativas”.

Ahora bien, es importante destacar que la utilización del concepto de sociedad civil en el contexto colombiano lleva consigo una carga sociohistórica que no puede soslayarse, derivada de la realidad nacional marcada por el conflicto armado, la desigualdad y la violencia en general. Este contexto ha influido en la creación de organizaciones de víctimas, grupos afrocolombianos e indígenas, organizaciones de mujeres, colectivos LGTBI, entre otros. La Corte no ha sido ajena a esta realidad y es por ello por lo que su concepto de sociedad civil se enfoca en estas organizaciones. Prueba de ello es la Sentencia T-760 de 2008, en la cual se consagró el derecho a la salud como derecho fundamental y en cuya virtud se creó una Sala Especial de Seguimiento integrada, entre otros, por Grupos de Seguimiento pertenecientes a la sociedad civil (según el concepto de sociedad civil entendido por la Corte, de acuerdo con las consideraciones realizadas en los párrafos precedentes), quienes elaboraron sendos informes al Alto Tribunal sobre el cumplimiento por parte de los poderes ejecutivo y legislativo de la referida sentencia.

En conclusión, para la Corte Constitucional la participación y la influencia de la sociedad civil en la toma de decisiones reflejada en sus providencias es un elemento fundamental del ejercicio democrático. Si bien el concepto como tal de sociedad civil resulta ambiguo si lo intentamos extraer de las sentencias de la Corte, en términos prácticos figuras como las audiencias públicas, las intervenciones y los foros que realiza constantemente la Corte evidencian que se trata de un Tribunal que no es ajeno al sentir de la sociedad civil.

Así las cosas, las páginas precedentes entregaron al lector una reconstrucción conceptual de la sociedad civil en términos históricos desde el punto de vista de la filosofía del derecho. Así mismo, se presentaron las diversas vertientes hermenéuticas que rodean al concepto, y la posición más o menos pacífica de lo que hoy la doctrina en general entiende por sociedad civil en el marco del Estado democrático contemporáneo. Así también, se presentó la visión particular de sociedad civil desarrollada por la Corte Constitucional y su reflejo de la jurisprudencia. En este orden, consideramos que los temas abordados revisten claridad conceptual para comprender lo que se abordará en el capítulo siguiente, esto es, el análisis de la sociedad civil como control de los tribunales constitucionales mediante la presentación del estado del arte, como se expone a continuación.

3. La sociedad civil como control de la Corte Constitucional de Colombia: Estado del arte

A manera de introducción, me permitiré hacer referencia al salvamento de voto a la sentencia SU-016 de 2020, en la que la Corte Constitucional de Colombia cerró la posibilidad de reconocer a los animales como sujetos de derechos. Antes de presentar los argumentos por los cuales difiere de la decisión mayoritaria de la Corte, la magistrada Diana Fajardo Rivera acotó:

Quiero destacar la importancia que para un Tribunal Constitucional tiene el que sus decisiones se construyan conjuntamente en la deliberación, a partir de la discusión

vigorosa, seria y transparente propia de las sociedades democráticas y plurales, comprometidas con los principios y derechos de su norma fundante y con la pretensión de lograr los mayores consensos posibles.

En la aludida providencia, la Corte Constitucional escuchó diversos actores de la *sociedad civil* y, no obstante, la decisión del Alto Tribunal no reflejó el sentir de la gran mayoría de organizaciones que hicieron parte de las intervenciones. La ponencia inicial de la Magistrada Fajardo Rivera fue derrotada, y prefirió apartarse y salvar el voto; sin embargo, ilustró el proceso de elaboración de la ponencia con base en la idea de la participación e influencia de la sociedad civil:

Con esta idea presente en cada uno de los asuntos que corresponden al conocimiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional, asumí la sustanciación de la ponencia del caso del oso Chucho. Consciente del nutrido y difícil debate alrededor del tema, promoví la apertura de los canales que la Constitución y la ley establecen para garantizar que el mayor número de voces fueran escuchadas, lo cual se logró con las distintas intervenciones y en el periodo probatorio durante el cual se celebró una audiencia pública.

Desde este punto de partida podemos presentar la extensa bibliografía que gravita en torno al tema de investigación propuesto. En consecuencia, clasificamos la literatura seleccionada en seis grandes grupos, a saber:

Tabla 1.

Clasificación de la literatura

	 <p>Juez constitucional débil</p>	<p>Juez constitucional dialógico</p>	<p>Juez constitucional fuerte</p>
<p>Menor participación de la sociedad civil</p>			<p>1. Kelsen¹⁶ (1979); Dworkin (1992, 2015); Alexy (1993, 2013)</p>
<p>Participación dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional</p>	<p>2. Marín (2006);</p>	<p>3. Aguirre et al. (2016); Agudelo (2014); Habermas (2005); Mejía (2012); Uprimny (2008); Uprimny y Sánchez (2012); Rawls (2006, 2009, 2012).</p>	<p>4. Rousseau (2002); Botero (2017); Cepeda (2007); Amaya (2017); Saffón y García (2011); García (2012)</p>
<p>Mayor participación de la sociedad civil <u>después</u> de las decisiones del juez constitucional</p>		<p>5. Rodríguez (2010); Rodríguez (2013); Rodríguez y Rodríguez (2015); Barroso (2017)</p>	
<p>Participación absoluta de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución</p>	<p>6. Flórez (2011b); Elster (1989); Ely (1997); Gargarella (1996); Kramer (2011); Häberle (2002); Mouffe (1999).</p>		

Nota: Esta tabla muestra la ubicación de cada autor según la postura hermenéutica asumida.

En primer lugar (1), se encuentran los autores que defienden la existencia del juez constitucional “fuerte” cuya interpretación de la Constitución no depende necesariamente de la participación de la sociedad civil; entre estos autores se encuentran Kelsen (1979, 2011),

¹⁶ No obstante, se hace necesario hacer una salvedad con respecto a la clasificación de este autor como defensor del juez constitucional “fuerte”. Naturalmente, el juez constitucional kelseniano solo puede actuar como legislador negativo, es decir, anulando los actos del legislativo que contraríen el texto constitucional, circunstancia que lo hace más “débil” que los jueces constitucionales actuales. Con todo, el término “fuerte” aquí utilizado debe interpretarse *con respecto a* la influencia de la sociedad civil en sus decisiones.

Dworkin (1992, 2015) y Alexy (1993). En segundo lugar (2), localizamos la posición hermenéutica que defiende la interacción dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero que otorga mayor primacía a la primera que al segundo (Marín, 2006). El tercer hilo interpretativo (3), que puede denominarse “punto intermedio”, defiende, igual que el anterior, la participación dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero otorgando igual relevancia al primero y al segundo, y dejando en claro la autonomía y la legitimidad del juez constitucional. Esta posición hermenéutica reviste distintos matices, según los autores Aguirre et al. (2016), Agudelo (2014), Habermas (2005), Mejía (2012), Uprimny (2008), Uprimny y Sánchez (2012) y Rawls (2006, 2009, 2012), entre otros.

En cuarto lugar (4), se destacan los autores que si bien defienden la participación y la influencia de la sociedad civil en las decisiones del juez constitucional, reconocen que este último es “más fuerte”, no solo por las facultades que la Constitución le otorga, sino porque a partir de su jurisprudencia, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia (Botero, 2017, Cepeda, 2007, Saffón y García, 2011, García, 2012) el Alto Tribunal ha adquirido poderes que lo erigen como *primus inter pares* respecto de los demás poderes tanto de la rama judicial en particular como del Estado en general. También se encuentran Rousseau (2002) y Amaya (2017) apoyando esta postura.

De otra parte (5), se halla una quinta actitud interpretativa que, si bien concibe al juez constitucional como un juez dialógico, destaca la participación de la sociedad civil no en las decisiones (ex ante) sino una vez proferidas las providencias (ex post), de ello dan cuenta con gran acierto Rodríguez (2010, 2013), Rodríguez y Rodríguez (2015) y Barroso (2017). Por último (6), en sexto lugar, se presentan los autores que defienden la participación absoluta de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución, mostrado cierto grado de hostilidad hacia

el poder judicial. Por esta razón, han sido clasificados en la casilla denominada “juez constitucional débil–participación absoluta de la sociedad civil”, entre los autores encontramos a Flórez (2011b); Elster (1989), Ely (1997), Gargarella (1996), Kramer (2011), Häberle (2002) y Mouffe (1999).

Naturalmente, la casilla que reúne una menor participación de la sociedad civil con la existencia de un juez constitucional débil no reviste sustento doctrinario. En términos estrictos, podríamos ubicar a Kelsen en este apartado, por cuanto el juez constitucional kelseniano solamente es concebido como legislador negativo, es decir, como muro de contención ante las posibles vulneraciones a la Constitución por parte del legislativo. Sin embargo, Kelsen ha sido ubicado en el espectro de quienes abogan por jueces constitucionales fuertes *con respecto a* la influencia de la sociedad civil en sus decisiones, no como tal en la capacidad burocrática que tienen para reconfigurar el Estado. Por otra parte, el apartado que vincula una menor participación de la sociedad civil con la existencia de un juez constitucional dialógico no cuenta con sustentos doctrinales sólidos, naturalmente porque habría una contradicción en los términos: el juez constitucional dialógico requiere de una amplia participación de la sociedad civil, como sucede en la casilla tres (3). Tampoco se halló sostén doctrinal en la combinación “mayor participación de la sociedad civil después de las decisiones del juez constitucional” con la existencia de un “juez constitucional débil” o “fuerte”. En el caso del juez constitucional débil, la participación de la sociedad civil en una etapa *ex post* sería inane, por cuanto se requiere de un juez que cuente con la fortaleza institucional para materializar las exigencias impartidas por él mismo. Frente al juez constitucional “fuerte”, no se determinó un presupuesto doctrinal que lo sustentara, por cuanto en la etapa posterior a la expedición de las sentencias se requiere de un juez abierto, dialógico, que, a partir del control de la sociedad civil al cumplimiento de las

sentencias, utilice, con base en ello, los poderes de cumplimiento que le otorgan la Constitución y la Ley.

Por último, las casillas correspondientes a la mezcla entre una sociedad civil con una participación absoluta en la interpretación de la Constitución y la existencia de un juez dialógico, por una parte, y “fuerte”, por otra, tampoco se hallaron posiciones doctrinales que las respalden, por cuanto sería una contradicción en los términos.

3.1 Juez constitucional fuerte con menor participación de la sociedad civil en la toma de decisiones

3.1.1 Kelsen

En el primer capítulo se precisó ampliamente la influencia del pensamiento kelseniano en la consagración de los tribunales constitucionales como intérpretes autorizados del texto constitucional, afirmando que, para Kelsen, los jueces en sus providencias son creadores de derecho (Botero, 2015, p. 116). Aseveramos asimismo que, para Kelsen, “la ley, expresión de la voluntad de las mayorías representadas en el parlamento, deja de ser soberana mientras que la soberanía ya radica en una constitución que fundamenta al derecho, inclusive a la ley. Por tanto, la voluntad de la ley está sometida a la razón de la constitución –respaldada por la acción garante de un TC [Tribunal Constitucional]– que es, entre otras, la que consagra los derechos de los individuos, de manera tal que ya no es el Estado mediante la ley el que consagra y limita los derechos, sino que es el Estado mediante la constitución el que cumple tal fin” (Botero, 2015, p. 120).

Ahora bien, en este apartado clasificamos al autor austriaco entre quienes abogan por la existencia de un juez constitucional “fuerte”¹⁷ o autónomo, con menor participación de la sociedad civil en sus decisiones, con base en el texto *La garantía jurisdiccional de la Constitución* publicado en 1929 (Kelsen, 2011), en el que comienza por afirmar que “la garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional– es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales” (p. 254). En este sentido, todo el Derecho positivo *desciende* del texto constitucional, y como tal, está atado a su contenido, en términos formales y materiales. Para el pensador austriaco, la Constitución “constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado” (p. 259), y, en este orden, es “la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal (p. 259), por cuanto el texto superior es el asiento fundamental del ordenamiento del Estado, en el que se establecen los derechos y las garantías cuya salvaguarda debe ser encomendada a una autoridad de carácter jurisdiccional, en tanto que:

La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a, una instancia central suprema.

¹⁷ Entiéndase el término “fuerte” no como juez activista sino como un juez con la capacidad institucional de pasar por encima de las exigencias de la sociedad civil.

Así las cosas, el control sobre la constitucionalidad de las leyes debe, de por sí, ser encomendado a una autoridad jurisdiccional independiente de aquel que crea la norma (legislativo) y aquel que la aplica (administrativo), de carácter supremo¹⁸. Ahora, frente a la objeción de que la intervención del Tribunal Constitucional pervierte la soberanía del Parlamento, Kelsen destaca:

Cierto que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al «poder legislativo», como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga —por la independencia de sus miembros— la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.

En definitiva, la anulación de las leyes por parte del juez constitucional constituye, para Kelsen, la aplicación de la Constitución como norma de normas. De otra parte, en cuanto a su composición, conviene destacar que sus miembros deberán ser “juristas de profesión”, y, por ningún motivo, habrá miembros del Parlamento o del Gobierno. En términos procesales, llama la atención la hostilidad del autor austriaco hacia la *actio popularis*, cuando argumenta que esto implicaría un “congestionamiento” del sistema de justicia constitucional; es por esta razón que

¹⁸ Adicionalmente Kelsen afirma que la cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional.

hemos ubicado a este gran autor en la posición hermenéutica que concibe al juez constitucional como un juez “fuerte” y autónomo respecto de la posible influencia de la sociedad civil en sus decisiones. Por el contrario, Kelsen propone la creación de un alto cargo del Estado cuya labor sea solicitar al Tribunal Constitucional la anulación de las leyes. El siguiente cuadro muestra, por una parte, la posición del autor austriaco frente a la participación abierta de la sociedad civil en el impulso procesal de los asuntos por inconstitucionalidad, frente a la posición que desde antaño ha adoptado la Corte Constitucional de Colombia frente al mismo particular:

Tabla 2.

Comparación entre la postura de Kelsen y la postura de la Corte Constitucional

Kelsen (2011, p. 291)	Corte Constitucional de Colombia Auto 243 de 2001
<p>La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una <i>actio popularis</i>: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No se puede, sin embargo, recomendar esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insostenible congestionamiento de procesos.</p>	<p>La intervención ciudadana fue consagrada por el Constituyente no sólo para que los ciudadanos puedan impugnar o defender la norma sometida a control, garantía de la participación ciudadana, sino, además, con el propósito de que éstos le brinden al juez constitucional elementos de juicio adicionales que le permitan adoptar una decisión. No se trata de una nueva demanda, ni de pretender formular cargos nuevos o adicionales a los planteados por el demandante. Así, los fallos de la Corte se estructuran a partir de los cargos hechos por el actor, de tal forma que los argumentos expuestos en los escritos de intervención ciudadana son un soporte que le sirve al juez para realizar el estudio jurídico de las disposiciones legales objeto de control.</p>

En conclusión, es evidente que para Kelsen el único defensor efectivamente posible de la Constitución es el Tribunal Constitucional, y que, en su teoría, las nociones de “intervención ciudadana”, “presión de la sociedad civil” no tenían cabida. Con todo, la noción de Tribunal Constitucional como protector de las minorías (pensemos en el poder contra-mayoritario) sí encuentra su sustento en la concepción que Kelsen tenía del juez constitucional (2011, p. 297).

Finalmente, conviene acotar que Kelsen, en su famosa *Teoría General del Estado* (1979) precisó que cuando el derecho ha de ser aplicado por la autoridad jurídica, no debe interpretarse de manera exegética (como lo pregonaba el positivismo decimonónico), sino que se debe apelar al sentido de la norma a aplicar, “mediante un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior” (p. 349), lo cual erige al juez como creador de derecho, a través de sus providencias.

3.1.2 Dworkin y Alexy

Mejía (2012) presenta la dicotomía Dworkin – Alexy (peso versus ponderación de principios), en la cual precisa que las posturas de estos autores han sido generalmente malinterpretadas y confundidas, siendo estas en definitiva divergentes. Por una parte, para Dworkin los principios ostentan un peso específico; el ejercicio para determinar si un principio pesa más que otro corresponde al juez con base en la Constitución. Este ejercicio hermenéutico se logra a partir de tres momentos: preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo, los cuales deben ser justificados por la autoridad judicial. De otro lado, para Alexy los principios revisten una naturaleza **horizontal**, es decir, ‘principalísticamente’ ningún principio pesa más que otro; sin embargo, en caso de conflictos éstos deberán ser resueltos utilizando la optimización de la aplicación de uno frente a otro respecto a un caso en particular (lo que constituye una decisión “buena para algunos”), mediante las famosas subreglas de interpretación

(regla de adecuación o idoneidad, regla de necesidad y regla de proporcionalidad en sentido estricto).

Para Dworkin¹⁹ (2015), la importancia del juez en la interpretación del derecho es insustituible (recuérdese su famoso “juez Hércules”), por cuanto es el juez el encargado de interpretar los contextos jurídicos a la hora de tomar sus decisiones: es decir, el juez es la voz práctica de la filosofía del derecho. Para Dworkin, el buen juez es aquel que le da primacía a la justicia frente a la aplicación rígida de la ley positiva. En palabras de Mejía:

La interpretación del juez, al intentar comprender toda esa amplia estructura sociojurídica, incluso la intención primigenia del legislador, y aplicarla a un nuevo contexto, lo desborda, convirtiéndose, de hecho, en un supraleislador que, por encima de las circunstancias que le dieron origen, preserva el espíritu de la ley a costa de superar su letra muerta. Y aunque hay restricciones a esa interpretación integral que debe hacer el juez, a la hora de la valoración final pesan más sus

¹⁹ La Corte Constitucional ha acudido al pensamiento de Ronald Dworkin en las providencias relacionadas con la despenalización de la dosis mínima y la eutanasia. Las sentencias que fundaron las respectivas líneas jurisprudenciales (C-221 de 1994 [dosis mínima] y C-239 de 1997 [eutanasia]) contaron con la ponencia de Carlos Gaviria Díaz, eximio defensor de la democracia liberal dworkiana y de la concepción del “juez Hércules” planteada por el pensador estadounidense. Así pues, como quiera que para Dworkin los principios ostentan un peso específico, el ejercicio para determinar si un principio pesa más que otro corresponde al juez con base en la Constitución. En el caso de la prohibición de las drogas, tanto la tesis que defiende la constitucionalidad de la norma como la que propugna su inconstitucionalidad son razonables. En tal sentido, “ante la situación de dos alternativas razonables de solución del caso hay que irse a los principios que puedan fundamentar mejor la decisión judicial” (Jaramillo, 2016, p. 37). Por ello, la Corte consideró, siguiendo a Dworkin, que la tarea del juez constitucional es proteger los derechos (en este caso el libre desarrollo de la personalidad en el caso de la despenalización de la dosis mínima y la dignidad humana en el caso de la eutanasia) aun en contra de las mayorías, tesis que también se defendió en la sentencia que despenalizó la eutanasia.

criterios de justicia, equidad y las convicciones políticas que considera que mejor interpretan y realizan el significado de una ley en cuestión (Mejía, 2012, p. 54).

Bajo esta perspectiva, el juez dworkiano es aquel a quien se le encomienda no solo la guarda y la integridad de la Constitución sino la garantía del respeto por los derechos de las minorías (en ello concuerda con Kelsen (2011, p. 297)), derechos que pueden ser arrasados por las mayorías legislativas (quienes querrán modificar las leyes de acuerdo con sus intereses) o por el gobierno, el cual obedece a las lógicas político-electorales. Lo anterior se sustenta en que el poder judicial no es constituido por la democracia representativa que se materializa mediante el sufragio, sino a través de procedimientos que si bien en un inicio son políticos (en el caso de las altas cortes), una vez elegidos, el ordenamiento jurídico les garantiza absoluta independencia para evitar que se establezca la “tiranía de las mayorías”.

En *El imperio de la justicia*, Dworkin (1992, p. 177) introduce su famosísimo juez Hércules:

Por consiguiente, haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos (...). Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules.

En este orden, el juez ideado por Dworkin es aquel que a la hora de resolver los casos difíciles prescinde de la discrecionalidad y acude a la argumentación, de una forma monológica y sin tener en cuenta factores externos como, en el caso que nos ocupa, la sociedad civil.

Robert Alexy (1993), se aleja de la visión deontológica planteada por Dworkin y se inscribe en la teoría axiológica en la línea de Aristóteles (centrada en la vida buena). Frente a la ponderación como solución a la colisión de principios, Mejía explica:

Para Alexy el ámbito que justifica la ponderación es la colisión permanente que se presenta entre derechos individuales y bienes colectivos en cuanto estos últimos son, igualmente, bienes individuales. Sin embargo, solo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si [...] tienen carácter de principios, es decir, son mandato de optimización. Por el contrario, si tienen carácter de reglas son solo un conflicto de reglas y no precisan ponderación: simplemente se resuelve declarando la invalidez o introduciendo una excepción a alguna de ellas (Mejía, 2012, p. 63).

Así pues, la ponderación se aplica cuando dos principios (no reglas) colisionan, a través de un proceso de fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias entre uno u otro principio. Como en Alexy los principios tienen el mismo peso e importancia, en los casos de colisión se dirime la controversia a través del llamado *test de proporcionalidad*, que es, en últimas un ejercicio discrecional de la autoridad judicial que no siempre garantiza decisiones justas para todos. Frente a ello, Mejía puntualiza:

La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las

formas de vida que se sienten discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable (Mejía, 2012, p. 65).

En este orden de ideas, el juez constitucional proyectado a partir del pensamiento de Alexy, que falla con base en la ponderación de principios (pensemos en *paz vs. justicia*), es un juez que no tiene en cuenta el sentir de la sociedad a la cual se han de aplicar sus providencias, o por lo menos la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones reviste menor protagonismo.

3.2 Juez constitucional débil con participación de la sociedad civil en la toma de decisiones

En segundo lugar (2), encontramos la posición hermenéutica que defiende la participación dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, pero que otorga mayor primacía a la primera que al segundo. Para Marín (2006), las organizaciones de la sociedad civil son agentes activos que logran responder en forma rápida y fluida a las situaciones que afectan a la esfera de lo público. Esta autora reflexiona sobre el papel de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones. La tesis planteada es que la sociedad civil es un actor que juega distintos roles dentro del sistema político, roles que varían de acuerdo con el grado de desarrollo de cada sistema político. Luego de reconstruir el concepto de sociedad civil a partir de las diversas perspectivas que lo han abordado a lo largo de la historia, concluye que dicho concepto, en la actualidad, se enmarca a las organizaciones sociales de diversa índole que, sin hacer parte del sistema político institucional, determinan el curso de las políticas públicas ejecutadas por las distintas autoridades estatales. En lo que respecta al contexto colombiano, Marín argumenta:

El estudio de la sociedad civil colombiana contribuye a entender la viabilidad de la participación como mandato constitucional, y así atenuar dentro de los procesos

políticos, posibles causas de conflicto. En todos los casos hay tensiones. Se trata de deliberar, llegar a acuerdos y de negociar pactos o acuerdos sobre lo público. En ocasiones se deberá recurrir al lobby o cabildeo para incidir en la toma de decisiones (Marín, 2006, p. 289).

Lo anterior es clave para entender el papel de la sociedad civil en la actualidad colombiana, sobre todo en el contexto de las intervenciones ante la Corte Constitucional, ya sea de manera formal (intervenciones ciudadanas que buscan influir en las demandas a cargo de la Corte) o informal (presión directa de la sociedad civil a través de los medios de comunicación, las redes sociales, las marchas en favor o en contra de determinada interpretación de la Constitución, etc.).

De otra parte, Marín (2006, p. 289) plantea el tema de la democratización de la sociedad civil al margen de los procesos democráticos en los que interviene el Estado. Es decir, dentro de las mismas organizaciones que conforman la sociedad civil, los procesos de elección de sus miembros y representantes, en el mayor de los casos, no obedecen a procedimientos democráticos. Podrían ampararse en su independencia y autonomía respecto de las instituciones públicas y las formas propias de la democracia, sin embargo, plantea la duda de si las formas propias de la democracia, erigida sobre el Estado de Derecho, también son aplicables a las organizaciones pertenecientes a la sociedad civil. Este punto es fundamental, aunque la autora no ahonda en ello, al poner sobre la mesa el tema de discusión: si la sociedad civil se ubica en un punto medio entre lo privado y lo público, ¿debe seguir las lógicas del sistema democrático para adquirir legitimidad? Si el Estado y sus procedimientos democráticos son *hijos* de la sociedad civil, de allí la legitimidad que invoca constantemente, es coherente exigir a las organizaciones de la sociedad civil los métodos propios del sistema democrático.

En lo que respecta a la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional, Marín destaca la participación de organizaciones pertenecientes a aquella en el tema de la paz y en la salvaguarda de los derechos humanos²⁰.

En conclusión, el texto de Marín (2006) plantea la importancia de la sociedad civil como actor relevante en el sistema democrático, a partir de la participación como principio constitucional. Más allá del formalismo que reviste el hecho de llamarnos una “democracia participativa”, la forma concreta de materializar el principio de participación es a través del fortalecimiento de la sociedad civil y de los mecanismos institucionales y no institucionales para lograr que las decisiones de las autoridades en general, y de la Corte Constitucional en particular, tengan en cuenta el sentir de todos los sectores que conforman la sociedad civil.

3.3 Juez constitucional dialógico con participación e influencia de la sociedad civil en la toma de decisiones

El tercer hilo interpretativo (3), que puede denominarse “punto intermedio”, defiende, igual que el anterior, la interacción dialógica entre la sociedad civil y el juez constitucional, otorgando igual relevancia al primero y al segundo; empero, dejando en claro la autonomía y la legitimidad del juez constitucional. Esta posición hermenéutica reviste distintos matices. A continuación, se presentan las diferentes posturas según el autor o los autores agrupados.

²⁰ Ejemplo de ello es la Sentencia C-630 de 2017, por la cual se decidió la constitucionalidad del Acto legislativo No. 2 de 2017, en la que intervinieron las siguientes organizaciones de la sociedad civil: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia; Comisión colombiana de juristas; Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo”; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado; Corporación Jurídica Yira Castro; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) y la Organización Ruta Pacífica de las Mujeres. En esta providencia la Corte tuvo en cuenta asimismo diversas “intervenciones ciudadanas”, que, por supuesto, también hacen parte de la “esfera pública”, y, en consecuencia, de la sociedad civil en la democracia contemporánea.

3.3.1 Agudelo (2014)

En el texto *La democracia de los jueces. La 'Rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*, Agudelo (2014) comienza por plantear el poder contramayoritario de los jueces en las democracias contemporáneas, el cual, según diversas interpretaciones, puede significar una “dificultad contramayoritaria” –en detrimento de la democracia– o una defensa del sistema democrático a partir de las llamadas “virtudes pasivas”²¹ de los jueces constitucionales para atender a los llamados de la sociedad civil a la hora de interpretar la Constitución. El juez constitucional proyectado por Agudelo no es solo aquel cuya intervención se justifica cuando la norma es inconstitucional, “pues detrás de tal participación de los jueces existen grupos políticos ejerciendo presión sobre la rama judicial para impedir o promover la corrección constitucional de las normas” (p. 36).

Para este autor, el juez debe ser un instrumento de construcción de caminos de diálogo entre la sociedad civil y el Estado, circunstancia que lo convierte en protagonista de la democracia (p. 44). Sin embargo, conviene acotar que para Agudelo la mayor virtud del juez constitucional debe ser la prudencia, principalmente con respecto a los demás poderes del Estado, “esto sugiere que los jueces deben tener deferencia con los legisladores, pues éstos representan al pueblo. Por ende, el juez tendrá que, en la medida de lo posible, disminuir su grado de interferencia a través de las ‘virtudes pasivas’” (p. 52).

Lo interesante de esta postura interpretativa, que equilibra el poder de la sociedad civil con el poder del juez constitucional, es que argumenta que el juez es un receptor de los llamados

²¹ Agudelo entiende por ‘virtudes pasivas’ “aquella actitud judicial según la cual los jueces a través de un espacio de ‘prudencia’ esperan que las normas, alegadas como supuestamente inconstitucionales por los ciudadanos, pueden establecerse o no en la sociedad”, en contraposición a las ‘virtudes activas’ –activismo judicial– argumento principal de los detractores del jurisdiccional de constitucionalidad.

de aquella a la hora de impartir justicia; por tanto, no debe extralimitarse y abusar del incommensurable poder que le otorga la Constitución, y tampoco utilizarlo con fines políticos o partidistas. Se trata, en suma, de un juez dialógico cuyas decisiones se encuentran plenamente ajustadas a los mandatos de la sociedad civil –siempre que dichos mandatos armonicen con el contenido de la Constitución. En palabras de Agudelo:

La Corte no está en la necesidad de responder a todos los ‘llamados ciudadanos’, sino en ser prudente a la hora de decidir en cuáles debe decidir y en cuáles no. En otras palabras, una Corte puede actuar solo cuando se ve seriamente afectada la Constitución o cuando el llamado de la ciudadanía es tan claro que la Corte no debe hacerse la de los ‘oídos sordos’. Esto es, entre otras cosas, lo que diferencia una Corte Constitucional de una Corte poco sensible a las necesidades de cambio que exige una sociedad (2014, P. 88).

Un ejemplo de las virtudes pasivas derivadas de la prudencia judicial, en el caso de la Corte Constitucional, lo hallamos en la Sentencia C-577 de 2011, en la que la Corte exhorta al Congreso para que subsane el déficit de protección legal con respecto a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Sala destaca que, como siempre, el exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la

regulación que respetuosamente se le solicita (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011).

En este orden, para Agudelo son los jueces los que se adaptan a los contextos y no los contextos los que deben adaptarse al capricho de los hermeneutas de la Constitución. Dichos ‘contextos’ son el ‘lenguaje ordinario’ que emana de la sociedad civil:

Este ‘lenguaje ordinario’ ofrecido por la sociedad y luego conceptualizado en la jurisprudencia es una muestra de cómo a través de los hechos reales y por medio de casos semejantes, los jueces van recreando y dinamizando la ley, con base en un proceso lento, pero democrático. Este proceso de diálogo entre jueces, abogados y ciudadanía se va clarificando con los posibles errores normativos, gramaticales o de vaguedad, o relacionados con la constitucionalidad o no de la ley, convirtiéndose en un canal democrático que tiene su fundamento en las demandas sociales, pero con un juez alerta a escuchar estos llamados (Agudelo, 2014, p. 101).

En otros términos, la postura del autor puede representarse en tres momentos: primero, las demandas de la ciudadanía, las cuales se expresan a través de los vasos comunicantes de la sociedad civil. Segundo, la ‘traducción e interpretación’ de dichas demandas por parte del Congreso de la República, mediante la expedición de leyes que, se supone, armonizan con la Constitución. Y tercero, el ejercicio aclarativo del juez constitucional mediante un proceso de subsunción de las demandas en la ley y ésta última en la Constitución, de allí el papel de garante de la democracia que el autor atribuye al Tribunal Constitucional. En conclusión, el juez constitucional dialógico de Agudelo es aquel cuyas decisiones tan solo plasman el resultado de todo un proceso de discusión jurídica que se da entre litigantes, jueces, sociedad civil y legislador.

3.3.2 Uprimny (2008); Uprimny y Sánchez (2012)

Para estos autores, la Corte Constitucional es el instrumento mediante el cual la sociedad civil, a partir de la interacción dialógica, reclama la democratización de la gestión pública y la efectividad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En el texto *Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después* los autores analizaron el papel de la Corte Constitucional en el proceso de democratización que conllevó la Carta de 1991, a partir de sendos análisis jurisprudenciales. Con la ampliación de los mecanismos de participación directa y deliberación por parte de la ciudadanía, y ante la debilidad institucional y la incapacidad del ejecutivo y el legislativo de materializar los contenidos filosóficos de la Constitución, la sociedad civil tuvo que recurrir a la Corte Constitucional para reclamar el cumplimiento de los derechos y las garantías establecidas en la Carta Política. Los autores destacan la participación de la sociedad civil en sentencias relacionadas con la reelección presidencial, los derechos de las parejas homosexuales, la interrupción voluntaria del embarazo, el desplazamiento forzado y la consulta previa.

Sin embargo, aunque Uprimny y Sánchez dejan claro que el papel de la Corte Constitucional ha sido importantísimo a la hora de interpretar las exigencias de la sociedad civil, destacan que la materialización de la democracia constitucional por la vía judicial reviste ciertos peligros, tales como, la posibilidad latente de una cooptación por parte de los demás poderes del Estado y la desarticulación, principalmente con el Ejecutivo, a la hora de hacer realidad las órdenes de la Corte. Además de lo anterior, concretamente se destaca que “el cambio por la vía judicial ha entorpecido la transformación social por la vía de la participación política y democrática” (Uprimny y Sánchez, 2012, p. 35), en la medida en que la Corte adopta el papel de

intérprete del sentir de la sociedad civil y en consecuencia se convierte en un interlocutor directo con el ejecutivo, es decir, la existencia de la Corte ha propiciado que el Estado *escuche y actúe* frente a las exigencias de la sociedad civil, aunque dichas exigencias no se realicen directamente sino a través del Alto Tribunal por la vía de las acciones judiciales creadas por la Constitución, principalmente la Acción de Tutela y la Acción de Inconstitucionalidad. Así las cosas:

Por un lado, la Carta de 1991 reforzó el control constitucional (...) al establecer una Corte Constitucional encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes, las cuales pueden ser demandadas por cualquier ciudadano a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad; y al consagrar la acción de tutela, en virtud de la cual cualquier persona puede, sin ningún requisito especial, solicitar a cualquier juez la protección directa de sus derechos fundamentales. El juez debe decidir muy rápidamente (10 días) y todas las sentencias pasan a la Corte Constitucional, que discrecionalmente decide cuáles revisa. Adicionalmente, todo juez tiene la facultad de inaplicar la ley si viola la Constitución. Este abanico de mecanismos ha convertido al sistema de justicia constitucional colombiano en uno de los más poderosos y abiertos del mundo (Uprimny y Sánchez, 2012, p. 36).

En este orden de ideas, los autores parten de dos premisas: por un lado, la Constitución de 1991 consagra una amplia gama de derechos que deberían ser respetados por las autoridades, y, por el otro, la arquitectura constitucional permite la intervención de la justicia cuando hay vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. Sin embargo, encomendar a los jueces constitucionales la salvaguarda de los derechos humanos implica judicializar la democracia, es decir, poner un obstáculo (los jueces constitucionales) entre la sociedad civil y la

Administración²². Mientras este ‘obstáculo’ esté conformado por magistrados probos, las cosas van bien, pero si los magistrados se corrompen o la misma Corte Constitucional es cooptada²³, la democracia participativa correría grave peligro.

Precisamente, la expedición de la Constitución de 1991 fue una tentativa de ampliar y fortalecer la democracia y los espacios de participación ciudadana y se consagraron varios mecanismos para la intervención directa de la sociedad civil en la definición de los asuntos públicos y de la gestión pública (Uprimny y Sánchez, 2012, p. 36); con ello, la Corte Constitucional adquirió una gran influencia política, influencia que, en la mayoría de los casos, ha sido utilizada para hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en la Carta, lo cual le ha dado un gran prestigio al Alto Tribunal. En consecuencia, “el impacto de las sentencias de la Corte sobre aspectos tan diversos de la vida política, económica y social del país explica el protagonismo que ha tenido esta institución en las últimas décadas” (Uprimny y Sánchez, 2012, p. 39), de allí el nivel de confianza y el grado de favorabilidad de que goza la Corte por parte de la sociedad civil, cuyas peticiones se han traducido en sentencias trascendentales.

En este sentido, aunque *prima facie* podría pensarse en los peligros que reviste la judicialización de la democracia en Colombia, lo cierto es que, en términos prácticos, la intervención protagónica de la Corte Constitucional en nuestro país tiende más a fortalecer que a debilitar el sistema democrático. Los autores sustentan esta tesis a través de cuatro ejemplos significativos:

²² Frente a este particular, los autores destacan que “la facilidad de acceso a la justicia constitucional, que ha permitido que importantes cuestiones sociales, políticas y económicas se tramiten como reclamos jurídicos, ha convertido a la Corte Constitucional en un actor protagónico en la vida política del país, a tal punto que se puede hablar con acierto de un fenómeno de judicialización de la política.

²³ Al respecto, véase Botero (2017).

En primer lugar, la Corte ha adoptado decisiones tendientes a preservar las reglas de alternancia en el poder, restringir los estados de excepción y vigorizar el debate democrático en el Congreso. Segundo, ha garantizado la protección de minorías históricamente discriminadas y sin garantía de protección en el espacio político. Tercero, ha utilizado en algunos casos un modelo de activismo judicial dialógico, lo cual ha favorecido procesos de democratización de la gestión pública. Y cuarto, ha desarrollado una jurisprudencia en materia de derecho a la consulta previa de comunidades indígenas que ha contribuido a que estas sean efectivamente tenidas en cuenta en las decisiones que las afectan (Uprimny y Sánchez, 2012, p. 43).

Otro punto interesante que plantean Uprimny y Sánchez tiene que ver con el seguimiento a las decisiones de la Corte por parte de la misma corporación en coadyuvancia con la sociedad civil; ejemplos paradigmáticos de ello son las Sentencias T-025 de 2004²⁴ (Estado de cosas inconstitucional del desplazamiento forzado en Colombia) y T-760 de 2008 (la salud como derecho fundamental). En este orden, “la participación de distintos actores con diversas perspectivas sobre el tratamiento del problema ha sido una fortaleza del proceso de implementación por cuanto ha elevado el nivel de la deliberación” (Uprimny y Sánchez, p. 47).

En definitiva, para estos autores si bien la legitimidad de la Corte Constitucional es evidente, en virtud de su extensa jurisprudencia en defensa de los derechos fundamentales, lo más importante es que las decisiones de la Corte abran escenarios hacia una verdadera democratización y respeto de los derechos, lo cual solo es posible mediante una transformación profunda de las instituciones democráticas al punto de que todos los actores de la sociedad civil

²⁴ Rodríguez y Rodríguez (2010) analizan la participación de los distintos actores de la sociedad civil en el cumplimiento de esta sentencia.

se sientan representados en las actuaciones de la Administración y no tengan que recurrir, como sucede en la actualidad, a la justicia constitucional para hacer valer sus derechos.

Lo anterior concuerda con las características de un sistema judicial que profundice la democracia, detalladas por Uprimny (2008) en los siguientes términos: en primer lugar, la independencia judicial, lo cual garantiza que las decisiones han de ser tomadas con imparcialidad y que no tendrán represalias por parte de otros poderes del Estado o externos al aparato burocrático institucional. En segundo término, plantea la necesidad de contar con recursos económicos, jurídicos y técnicos que posibiliten el desempeño de sus deberes constitucionales. Así mismo, esboza la equidad y el acceso fácil, universal e igualitario a la justicia, a efectos de que todo ciudadano pueda exigir sus derechos. Y, por último, plantea el control y arraigo ciudadano, “esto implica que es sistema judicial esté sometido a controles y refleje en sus decisiones los criterios de equidad y justicia de la ciudadanía” (p. 69).

Así las cosas, la relación entre democracia, justicia y sociedad civil que establecen los autores referidos en este acápite, se enmarca en la perspectiva que concibe la justicia como elemento esencial del Estado social de Derecho.

3.3.3 Aguirre et al. (2016); Habermas (2005); Mejía (2005, 2012); Rawls (2006, 2009, 2012)

Para estos autores, el dilema de la decisión judicial se resuelve en que los jueces constitucionales no deben proferir decisiones “buenas para algunos” sino “justas para todos”, a partir no solo de la interpretación de textos jurídicos sino también de contextos sociopolíticos.

En el texto *El dilema histórico de la decisión judicial. La teoría del derecho de Jürgen Habermas*, Mejía (2012) presenta, en primer lugar, un panorama de las investigaciones realizadas por Habermas en *Facticidad y validez* en lo relativo al derecho como colonizador interno del mundo de la vida y el papel de los jueces de acuerdo con dos perspectivas

contrapuestas: la perspectiva axiológica derivada de los planteamientos de Robert Alexy (2013) en *Concepto y validez del derecho*, en cuya virtud, partiendo de la teoría de la ponderación, los jueces emiten decisiones “buenas para algunos”, y la perspectiva deontológica defendida por Habermas, en virtud de la cual las decisiones de los jueces deben ser “justas para todos”. Lo anterior resume la concepción de juez “ideal” en Habermas, el cual no solo debe interpretar textos jurídicos, sino contextos sociopolíticos (Mejía, 2012, p. 78).

En segundo lugar, Mejía presenta una breve exposición de la *Teoría de la justicia* de John Rawls²⁵, para quien la justicia es “un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar que los principios de justicia social que deban orientar a la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad normativa de los mismos” (*cf.* Rawls, 2012, pp. 35-40).

Acto seguido, Mejía desarrolla la teoría rawlsiana de la *posición original*, la cual es concebida como el consenso político sobre los mínimos fundamentales que se produce al interior del congreso constituyente. En este sentido, trae a colación el concepto de *velo de la ignorancia* como mecanismo metodológico para hallar ese consenso. Es decir, si a la hora de dirimir un problema nos despojamos de nuestras concepciones previas y nos ubicamos en una *posición original*, es factible que seamos más imparciales a la hora de tomar decisiones justas para todos,

²⁵ En el texto *Influencia del pensamiento de Rawls en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, Cruz (2013) recoge una veintena de sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se acude al pensamiento de John Rawls para resolver los problemas jurídicos planteados. En términos generales, la Corte acude a los principios de justicia de Rawls en los casos en los que se debaten cuestiones relacionadas con la justicia distributiva, la igualdad y la solidaridad social como fundamentos del Estado Social de Derecho. La famosísima sentencia T-406 de 1992 es claramente rawlsiana cuando refiere que toda distribución desigual de los recursos, para que sea justa, debe estar encaminada a mejorar la condición de los más desfavorecidos.

lo cual propicia y salvaguarda la igualdad argumentativa y la justicia como proceso dialogal amplio y deliberativo (Mejía, 2012, p. 47). De todo lo anterior se derivan los principios de justicia en Rawls; dichos principios regulan la estructura de la sociedad y configuran la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo, la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados (p. 48). En palabras de Rawls, los principios de justicia son los siguientes:

- a. Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia) (Rawls, 2012, p. 73).

Pero ¿de dónde salen esos principios? ¿De la voluntad divina? ¿De un manifiesto iusnaturalista o de la expresión de una autoridad moral? De ningún modo; siguiendo al profesor John Restrepo (2012, p. 662), estos principios “son consecuencia de la actividad de ciudadanos libres e iguales que participan activamente en la construcción de lo público y ese ejercicio lo asumen como un bien propio”.

Ahora bien, en lo que respecta al primer principio, ¿qué entiende Rawls por “libertades básicas iguales”? Para el pensador estadounidense estas libertades son aquellas que

“proporcionan las condiciones políticas y sociales esenciales para el adecuado desarrollo y el pleno ejercicio de las dos facultades morales de las personas libres e iguales” (Rawls, 2012, p. 76), es decir, la libertad de pensamiento y libertad de conciencia, libertades políticas y en general todos los derechos amparados por la ley. No obstante, si las partes en la posición original están revestidas del *velo de ignorancia* para hallar el consenso en los derechos mínimos que necesitamos como ciudadanos libres, ¿qué parámetros pueden utilizar para definir cuáles son esos derechos mínimos? Rawls proporciona una respuesta que, como veremos, no satisface a Habermas. Dice Rawls:

Una lista de libertades básicas puede hacerse de dos modos. De un modo histórico: repasamos las diversas constituciones de los regímenes democráticos y extraemos una lista de derechos y libertades que parecen básicos y están firmemente protegidos en los que históricamente parecen ser los regímenes más exitosos. Ni que decir tiene que el velo de ignorancia hace que esta clase de información particular no esté disponible para las partes en la posición original; pero sí está disponible para ustedes y para mí cuando elaboramos la justicia como equidad. Somos perfectamente libres de usarla para determinar los principios de justicia que ponemos a disposición de las partes (Rawls, 2012, p. 76).

Para Mejía (2005), la posición original y el velo de ignorancia planteados por el filósofo norteamericano garantizan plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social y a su vez lo invisten de legitimidad moral (p. 54). Bajo estos presupuestos, la propuesta de John Rawls se subsume en tres perspectivas de la razón práctica y en tres momentos de un proceso de construcción: en primer lugar, el proceso dialógico-moral donde brilla el procedimiento consensual partiendo de la posición original; en segundo lugar, el proceso político-contractual,

en cuya virtud se construye cooperativamente el espacio de lo público a partir de “consensos entrecruzados entre las diversas concepciones omnicomprendivas y razonables de la sociedad” (p. 49); por último, el proceso ético-contextual mediante el cual la persona interioriza (subsume) o rechaza los principios “dentro de su irreductible e irrenunciable esfera privada individual” (p. 49). Ello responde a la pregunta planteada por el mismo Rawls: “¿Cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?” (Rawls, 2006, p. 29). Siguiendo este orden de ideas, argumenta John Restrepo:

La idea de sociedad como *sistema equitativo de cooperación* es aquella que tiene tres elementos básicos: (i) la idea de cooperación está determinada por unas reglas de juego públicas que todos los asociados aceptan como oportunas para regir su comportamiento público; (ii) la idea de cooperación que rige dicha sociedad incluye términos de cooperación que cada asociado acepta razonablemente; (iii) la idea de cooperación incluye una ventaja racional a cada asociado (Restrepo, 2012, p. 660).

De otra parte, así como el concepto de *razón comunicativa* es imprescindible a la hora de aproximarnos al pensamiento de Jürgen Habermas, en John Rawls la expresión clave es *razón pública*, la cual es definida, básicamente, como el “razonamiento de los ciudadanos en los foros públicos en torno a los principios constitucionales esenciales y a las cuestiones básicas de la justicia” (Rawls, 2006, p. 35), cuyo garante es el Tribunal Constitucional. Además de lo anterior, la razón pública “es característica de un pueblo democrático: es la razón de sus ciudadanos, de aquellos que comparten la calidad de ciudadanía en pie de igualdad” (Rawls, 2006, p. 204); es decir, “la facultad y modo en que una sociedad política traza sus planes, fija sus fines en un orden de prioridades y toma decisiones de acuerdo con ese orden” (Cfr. Restrepo, 2012, p. 665).

Ese ejercicio de la ciudadanía en la teoría rawlsiana debe estar ajustado al texto constitucional, cuya importancia reside en que allí se encuentran estipulados los derechos básicos que desarrollan los principios de igual libertad y diferencia (Restrepo, 2012, p. 664).

Ahora bien, ¿cuáles son los límites impuestos por la razón pública? ¿Cuáles son esos mínimos fundamentales fuera de los cuales encontramos las razones no públicas? Revisemos el contenido de la razón pública:

Está integrada por una concepción política de la justicia, justicia en un sentido liberal amplio. Dicha concepción política de la justicia hace referencia a (i) una lista de derechos, libertades y oportunidades básicos; (ii) otorgar prioridad a estos derechos, libertades y oportunidades básicos; (iii) establecer medidas que aseguren a los ciudadanos el ejercicio efectivo de esos derechos, libertades y oportunidades básicos (Restrepo, 2012, p. 669).

En este orden de ideas, como ya lo mencionamos, el guardián de esa razón pública y el encargado de velar por la integridad de sus contenidos es el Tribunal constitucional. En otras palabras, la razón pública es la voz de las decisiones constitucionales (y viceversa); por tal razón, como quiera que los textos constitucionales son textos políticos, las decisiones del Tribunal Constitucional estarán siempre revestidas de argumentos tanto políticos como jurídicos. Finalmente, Restrepo resume el pensamiento de Rawls en los siguientes términos:

Rawls se ubica en la orilla del liberalismo y la democracia. Rechaza el utilitarismo y no acepta la consigna de que la ley de los más es buena o moralmente justificable por sí misma. Se aparta del intuicionismo porque, a su juicio, el orden de los principios está condicionado. El llamado orden lexicográfico hace referencia a la estricta sujeción de atención entre un principio y otro. Solo procede la atención del

segundo cuando el primero haya quedado satisfecho. Su conexión moral-política lo hace intransigente con la distribución parcial de los recursos. Solo acepta la desigualdad, en caso de que genere beneficios para los menos aventajados. Por eso es clave pensar que toda su obra está limitada por el establecimiento y la defensa de los *dos principios de justicia* (Restrepo, 2012, p. 681).

Ahora bien, Las diferencias existentes entre la teoría habermasiana y los postulados de John Rawls, más que disputas, son debates sobre la forma de entender un determinado concepto o sobre la forma de plantear la solución a un problema concerniente a la filosofía del derecho. Habermas ha sido un gran lector y admirador de Rawls; en *Facticidad y validez* (2005, pp. 121 y sig.) se refiere extensamente a los postulados de Rawls y en particular a su *Teoría de la justicia*. Asimismo, critica la aplicabilidad de los principios de justicia propuestos por el filósofo estadounidense en otros contextos, afirmando que “Rawls tendría que admitir entonces que ambos principios de justicia no pueden pretender validez alguna para los alemanes porque en la cultura e historia alemanes no pueden encontrarse equivalentes de la tradición constitucional americana, que deben considerarse efectivos en lo que a formación y educación política se refiere” (Habermas, 2005, p. 127).

En 1995, Habermas publicó el ensayo *Reconciliación mediante el uso público de la razón* en el que reflexionó sobre la teoría rawlsiana. Vethencourt (2013, p. 66) precisa que, aunque las críticas y las diferencias que resalta el pensador germano respecto de la obra del filósofo estadounidense fueron claramente marcadas, estas se desarrollaron en un contexto de debate y discusión intelectual. En tal sentido:

El carácter de “disputa familiar” que Habermas invoca para contextualizar sus reservas ante la edificación del pensamiento rawlsiano –y que Rawls suscribe con

agrado y gratitud— da cuenta de que no existe entre uno y otro una disputa sustantiva, sino más bien diferencias que se inscriben en el modo de abordar los problemas, en el *frame of mind*. En Habermas encontramos una tendencia predominante a inscribir los grandes temas dentro de los dualismos tradicionales: autointerés versus razón práctica, normas versus valores, justicia procedimental versus justicia sustantiva; mientras que en Rawls encontramos una tendencia a pensar los problemas dentro de un continuismo o, para decirlo mejor, dentro de una deliberada intención de refundir estos dualismos tradicionales (Vethencourt, 2013, p. 88).

Así bien, es evidente que Rawls y Habermas son dos autores que “se caracterizan, fundamentalmente, por su historia personal y por los diferentes tejidos sociopolíticos que enmarcaron sus vidas (Estados Unidos y Alemania)” (Melkevik, 2006, p. 19). De otra parte, mientras Rawls es considerado un “caballero de la filosofía”, más cerca de la cordialidad que de la polémica, Habermas es un intelectual que interviene activamente en los debates políticos actuales (es un deliberante). Por ello, no es extraño encontrar a un Habermas opinando de temas tan diversos y polémicos como el feminismo (Habermas, 2005, p. 504), el servicio militar para mujeres (Melkevik, 2006, p. 508) la identidad sexual (Melkevik, 2006, p. 510), e inclusive, sobre la Covid-19, entre otros.

En cuanto a Habermas, Mejía (2012) presenta una sucinta exposición de la teoría del derecho de Jürgen Habermas, para lo cual recurre a la obra *Facticidad y validez* (2005) en la que el autor alemán reivindica el derecho como una categoría de integración social a partir de la revisión normativa de los procesos democrático-constituyentes del siglo XVIII con Rousseau a la

cabeza, con lo cual presenta su propuesta de democracia radical como criterio prescriptivo del Estado Democrático y Social de Derecho contemporáneo (Mejía, 2012, p. 65).

Uno de los puntos clave de la teoría del derecho de Habermas se relaciona con la *deliberación moral* como elemento adicional al principio democrático y al consenso como presupuesto fundamental de la justicia, estructura que conduce a decisiones justas para todos. En este punto es importante precisar que para Habermas el principio moral desempeña el papel de una regla de argumentación para la decisión racional de cuestiones morales (piénsese, por ejemplo, en la constitucionalidad del aborto o en la eutanasia) mientras que el principio democrático presupone ya la posibilidad de decidir racionalmente las cuestiones prácticas, es decir, podemos entender el principio democrático habermasiano como la institucionalización de la razón a través de formas de comunicación garantizadas a su vez jurídicamente (Habermas, 2005, pp. 175-176).

En este sentido, la argumentación jurídico-constitucional que realicen los jueces debe contar asimismo con criterios de deliberación moral, lo cual erige al juez como intérprete no solo de textos jurídicos sino de coyunturas sociopolíticas, de allí la importancia de la participación de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional. Frente a este particular, y en referencia a Dworkin, Habermas expone:

Según Dworkin, los principios de derecho, y los objetivos políticos que, en consonancia a su vez con esos principios, el legislador establece, suministran los medios argumentativos para reconstruir la masa del derecho vigente hasta que pueda considerárselo normativamente justificado. Dworkin exige la construcción de una teoría del derecho, no de una teoría de la justicia. La tarea no consiste en la construcción filosófica de un orden fundado a partir de principios de justicia, sino

en buscar y *hallar* principios y objetivos válidos desde los que un orden jurídico *concreto* pueda quedar justificado en sus elementos esenciales, de suerte que todas las decisiones judiciales particulares puedan acoplársele y ajustársele como ingredientes coherentes (Habermas, 2005, p. 282).

Con todo, la teoría del derecho de Habermas supera el solipsismo del juez Hércules dworkiano (perspectiva monológica), pues para el pensador alemán el proceso que Dworkin adjudica a los jueces debe incluir una teoría discursiva del derecho (perspectiva dialógica)²⁶. Con relación con esta última, Mejía desarrolla la noción de opinión pública en Habermas, la cual es concebida como una “*red comunicacional espontánea* de opiniones diversas, amarradas a temas específicos, y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. Su origen se encuentra en la acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural” (Mejía, 2012, p. 65). En Habermas, el concepto de opinión pública reviste superior importancia por cuanto:

Las estructuras de comunicación de la esfera de la opinión pública descargan al público de la necesidad de tomar *decisiones*: estas decisiones aplazadas quedan reservadas a las instituciones encargadas de tomarlas. En el espacio de la opinión pública las manifestaciones quedan clasificadas conforme a temas y según representen tomas de postura de afirmación o negación; las informaciones y razones son objeto de elaboración y se convierten en opiniones focalizadas. Lo que convierte a esas opiniones así agavilladas en *opinión pública* es la forma en que se producen y el amplio asentimiento por el que vienen «sustentadas» (Habermas, 2005, p. 440).

²⁶ En la comunicación monológica, una persona habla mientras la otra escucha. Por el contrario, en la comunicación dialógica, los roles de hablante y oyente se intercambian entre los participantes.

En este orden de ideas, la opinión pública habermasiana juega un papel de gran importancia para la toma de decisiones de las autoridades, ya sean ejecutivas, legislativas o judiciales. El mismo Habermas advierte que no debemos confundir *opinión pública* con sondeos de opinión (aunque a veces coincidan) como las encuestas (puesto que en estas últimas no interviene el proceso deliberativo propio de la acción comunicativa). Por ejemplo, una encuesta de opinión que arroja como resultado que el 70% de los ciudadanos está en desacuerdo con las políticas del gobierno para enfrentar la epidemia de la COVID-19; ello, según Habermas, será solamente un tenue *reflejo* de la opinión pública, la cual se estructura en las reglas de una “práctica de comunicación pública mantenida y seguida *en común*” (Habermas, 2005, p. 442).

Por otra parte, siguiendo la postura hermenéutica presentada por Mejía, podemos argüir que, en los casos relacionados con el conflicto armado, particularmente con la justicia transicional, la Corte Constitucional ha acudido a la teoría de la ponderación de Alexy (ante la colisión de principios: justicia vs paz) para asumir una postura de uno u otro lado. En la sentencia C-370 de 2006, en la cual la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, llamada “ley de justicia y paz”, la primera ley de justicia transicional en la historia de Colombia, el Alto Tribunal resolvió el problema jurídico con base en los postulados de Robert Alexy (perspectiva axiológica):

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al

derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que, de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006).

En similar sentido, la Sentencia C-080 de 2018, que declaró ajustada a la Constitución la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz [JEP], la Corte fue enfática en afirmar que “la búsqueda de la paz *obliga* a hacer una ponderación entre la paz, entendida como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, utilizando para ello el instrumento de la priorización”; con esta postura hermenéutica se acogieron los argumentos esbozados en las intervenciones por parte de algunos actores de la sociedad civil.

En efecto, la interpretación de la Corte en los casos citados reviste claras características axiológicas, por cuanto aborda los derechos fundamentales en pugna desde una concepción horizontal, en cuya virtud la Corte toma una decisión signada por un alto grado de discrecionalidad; en ello reside la crítica que realiza Mejía²⁷, en la medida en que estos tipos de

²⁷ Sobre las críticas a la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy, véase Botero (2010).

decisiones generan “una gran inseguridad jurídica pero también propician una deslegitimación progresiva del sistema jurídico” (Mejía, 2012, p. 65).

Así las cosas, para Mejía, siguiendo a Habermas (2005), el dilema de la decisión judicial se resuelve en que los jueces constitucionales no deben proferir decisiones “buenas para algunos” sino “justas para todos”, a partir no solo de la interpretación de textos jurídicos sino también de contextos sociopolíticos; en este orden de ideas, este autor se inscribe en el grupo de doctrinantes que conciben al juez constitucional como intérprete de los anhelos de la sociedad civil. Sin embargo, se trata de un *deber ser*, es decir que no siempre la Corte Constitucional interpreta o toma sus decisiones de acuerdo con los llamados de la sociedad civil, por lo que la teoría de la decisión judicial de Mejía es aspiracional, por cuanto aboga por un tribunal constitucional dialógico, apartándose así de la visión del juez constitucional como un actor monológico cuyas decisiones son adoptadas a espaldas de la sociedad civil.

Aguirre et al. (2016) conservan y enriquecen la postura hermenéutica desarrollada por Mejía (2012), al precisar que la legitimidad del Tribunal Constitucional dependerá del grado de interacción entre los magistrados y la sociedad civil. Aguirre et al. (2016), siguiendo a Mejía (2012) conciben al juez constitucional como el “alter ego” de la deliberación ciudadana manifestada en la dinámica comunicativa de la esfera pública. Así pues:

La carga de legitimación adicional que requiere la labor de los tribunales constitucionales se solventa, al menos de forma parcial, si se obliga institucionalmente a la justicia “a dar justificaciones ante un foro ampliado de críticos de ella”. Las funciones de exclusas sistémicas de los Estados modernos, solo se pueden desarrollar cabalmente si la sociedad civil es capaz de influenciar la labor de los tribunales constitucionales (Aguirre et. al., 2016, p. 34).

En este contexto, los autores destacan que la forma de adaptar la teoría de la decisión judicial habermasiana en Colombia es a través de las intervenciones ciudadanas en los procesos de constitucionalidad, “no solo para que los ciudadanos puedan impugnar o defender la norma sometida a control, garantía de la participación ciudadana, sino, además, con el propósito de que estos le brinden al juez constitucional elementos de juicio adicionales que le permitan adoptar una decisión” (Corte Constitucional en Auto 243 de 2001).

En este orden de ideas, se destaca la importancia de la participación de la sociedad civil en el proceso deliberativo al interior de la Corte Constitucional, importancia que es analizada por los autores con base en la sentencia C-355 de 2006, que desarrolló el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo a partir del delito de aborto, como un ejemplo de la aplicación de la democracia deliberativa derivada de las intervenciones ciudadanas en el trámite de la acción de inconstitucionalidad. Siguiendo este marco hermenéutico, Aguirre *et al.* (2016) plantean, a partir de las posturas de Habermas acerca de la democracia deliberativa, la necesidad de que las autoridades y los ciudadanos en general tengan en cuenta las opiniones basadas en criterios religiosos, para lo cual deberán cumplir, como mínimo, los siguientes deberes:

Primero, no podrían controvertir el derecho de los ciudadanos creyentes de hacer contribuciones a los debates políticos públicos expresadas en un lenguaje religioso. Segundo, no podrían negar, *a priori*, el potencial de verdad de las concepciones religiosas del mundo. Y, tercero, se esperaría incluso que participaran en los esfuerzos por traducir las contribuciones relevantes de un lenguaje religioso a uno públicamente accesible. Se espera que los ciudadanos seculares no adopten una actitud secularista, es decir, aquella que le niega todo valor a la religión y la considera, si acaso, una “reliquia del pasado”.

Estas opiniones de arraigo religioso son traducidas al lenguaje secular (en lo compatible con la Constitución) y tenidas en cuenta por la Corte Constitucional como argumentos válidos dentro del proceso de deliberación propio de la democracia. Así las cosas, para estos autores el papel de la sociedad civil en la toma de decisiones es fundamental, independientemente de la naturaleza de los argumentos esbozados, ya sea de carácter religioso o secular. En el caso de los argumentos religiosos, será la Corte la encargada de ‘traducirlos’ al lenguaje secular y tener en cuenta todas las opiniones que gravitan en las sociedades complejas a la hora de administrar justicia.

3.4 Juez constitucional ‘fuerte’ con participación e influencia de la sociedad civil en la toma de decisiones

En este apartado se destacan los autores que si bien defienden la participación e influencia de la sociedad civil en las decisiones del juez constitucional, reconocen que este último es “más fuerte”, no solo por las facultades que la Constitución le otorga, sino porque a partir de su jurisprudencia, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia (Botero, 2017, Cepeda, 2007, Saffón y García, 2011, García, 2011) el Alto Tribunal ha adquirido poderes que lo erigen como *primus inter pares* respecto de los demás poderes tanto de la rama judicial en particular como del Estado en general. Esta postura también nos ofrece matices entre los autores citados. Veamos:

3.4.1 Botero (2017)

Considera que la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional debe asumirse con reservas, es decir, desde un ‘constitucionalismo sano’ que se aparte de la democracia judicialista.

En el texto *Balance de los 25 años de la Constitución colombiana de 1991: la constitución de dioses y la de hombres*, Botero (2017) analizó entre otros temas el riesgo que implica una democracia judicialista para el régimen político colombiano. Si bien el citado autor resalta la importancia de la Corte Constitucional como guardiana de la Carta Superior, plantea asimismo los riesgos que conlleva el ejercicio de su poder omnímodo:

Esto, sumado al empoderamiento que la Constitución de 1991 le dio a la Corte Constitucional, nos metió en otro problema, que sería una segunda omisión constitucional: ¿cómo evitar un autogolpe de Estado provocado desde la Corte Constitucional? Me explico. La Corte Constitucional tiene tanto poder que, si lo desea, puede bloquear al Estado mismo y hacer explotar el actual sistema político-jurídico colombiano. Basta con que 5 de los 9 magistrados se pongan de acuerdo o que sean cooptados por una entidad o una persona para que el Estado termine siendo, en la práctica, reflejo de los deseos de la Corte o de quien logre cooptarlos. Incluso, cooptar la totalidad de los miembros daría una impresión negativa para el *establecimiento*: mejor dejar una disidencia minoritaria para gozar así de una falsa imagen de democracia (Botero, 2017, p. 79).

Esta crítica a los tribunales constitucionales²⁸, en particular al colombiano, devela las implicaciones que puede acarrear el empoderamiento de una aristocracia ilustrada a quien se le entrega el cheque en blanco de decidir sobre todos los aspectos de la vida jurídica y política del país en sede de constitucionalidad. La apariencia de imparcialidad y garantía que ostenta la Corte

²⁸ No obstante, Botero deja en claro que “el activismo judicial ha ayudado, hasta el momento, a la consolidación de la democracia colombiana (i) al proteger las minorías ante mayorías que, históricamente, han sido abusadoras, y (ii) al revolucionar el derecho ante el déficit legislativo colombiano fruto de un Congreso más o menos inoperante”.

Constitucional puede verse ensombrecida por una cooptación por parte de los actores políticos (lo cual ya se intentó con la fractura al equilibrio de poderes que implicó la reelección presidencial en 2005); por ello, el autor plantea una interesante propuesta a la que denomina “constitucionalismo sano”, en los siguientes términos:

El constitucionalismo sano es aquel que al momento de la arquitectura de una Constitución o al construir dogmática constitucional, trabaja con la presunción de la mala fe frente al poder. Por eso, un buen constituyente-constitucionalista sería aquel que, al momento de debatir un texto constitucional, se pregunta hipotéticamente ¿qué pasaría si esta entidad pública se corrompe?, ¿cómo afrontar jurídicamente una situación provocada por la desidia de tal o cual órgano si se niega a cumplir su mandato constitucional?, ¿cómo volver a encauzar la situación en el cauce constitucional si tal o cual Rama se desborda? Si la historia diese lecciones —y sí las da—, ya deberíamos haber tenido por superada la confianza en el poder y la clase política (Botero, 2017, p. 82).

De otra parte, Botero plantea que el júbilo generalizado experimentado con ocasión de la creación de la Constitución de 1991 poco a poco se ha ido decolorando, al punto de establecer una distancia crítica entre la sociedad, la Constitución y el Estado que ella ha fundamentado (2017, p. 65). Destaca asimismo cuatro factores que fundamentan el aludido desencantamiento. En primer lugar, la promoción y venta de la Constitución como la panacea a todos los males, como el texto perfecto. En segundo lugar, el autor hace alusión a las promesas incumplidas de la Constitución; debido a la falta de legitimidad de las instituciones, se recurre a la norma superior, la Constitución, para prometer cambios sustantivos (Botero, 2017, p. 67). El tercer aspecto tiene que ver con el inconveniente de haber entregado a la clase política tradicional la tarea de

materializar las promesas y los postulados constitucionales, quienes evidentemente no se apartaron de prácticas clientelistas y corruptas, y, cuando la misma Constitución se interpuso entre sus intereses, optaron por modificarla, lo cual lleva al cuarto factor determinante, el sistema político tradicional o *establecimiento*, el que, mediante reformas constitucionales enfocadas en su mayoría a la parte orgánica del texto superior. Con lo anterior, “el establecimiento ha logrado crear un híbrido constitucional difícilmente clasificable pero que, con el paso de los días y guardando las debidas proporciones, nos recuerda más el tradicional modelo constitucional colombiano (presidencialismo excesivo y centralismo, fundamentalmente)” (p. 70).

Entonces, la participación de la sociedad civil en las decisiones sobre la interpretación de la Constitución dependerá de qué tan ‘sano’ sea el constitucionalismo, es decir, hasta qué punto la arquitectura de la Constitución se encuentra blindada frente a posibles cooptaciones del poder judicial por parte de actores exógenos. En este orden, Botero plantea una defensa condicionada del control jurisdiccional de la Constitución, pues, aunque deja en claro el papel clave de la Corte Constitucional en el reconocimiento de derechos y garantías en general, aclara que la legitimidad de la Corte dependerá de su grado de independencia, condición que le permitirá escuchar, debatir y decidir las peticiones de la sociedad civil frente a determinada interpretación del texto constitucional.

Así las cosas, para este autor la sociedad civil debe estar alerta para *controlar*, a través de la crítica, las decisiones de la Corte. En el prólogo al libro *La garantía de la constitución: la relación entre los jueces, los derechos y la democracia* (Arboleda et. al., 2017) Botero deja en claro su postura:

En este sentido, dejando en claro que hasta el momento la democracia se ha visto fuertemente alimentada por la actividad de la Corte Constitucional (lo que pone en

entredicho el supuesto carácter antidemocrático del tribunal), no quisiera por ello dejar de alentar al lector para que no caiga en una actitud conformista e ingenua de creer que las cosas están por buen camino y siguen solas su rumbo. En la actitud vigilante del ciudadano ante a forma en que se desenvuelven el poder y sus instrumentos de cooptación, para denunciar cada intento usurpador, está una de las claves para tener una buena salud política y constitucional (Arboleda et. al., 2017, p. 23).

En conclusión, lo interesante de la postura del autor colombiano es que parte del reconocimiento de i) la importancia del tribunal constitucional como defensor de la constitución, ii) el proceso dialógico que debe existir entre el tribunal constitucional y la sociedad civil, y iii) el potencial peligro para la democracia si la sociedad civil permite que la Corte deje de ser la ‘guardiana de la Constitución’ para convertirse en ‘Guardiana del régimen’.

3.4.2 Cepeda (2007)

Para Cepeda, la sociedad que no confíe a sus jueces independientes la defensa de los derechos fundamentales no tiene Constitución.

En el texto *Polémicas constitucionales*, el exmagistrado de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda Espinosa plantea, a través de diversos ensayos, la legitimidad del control judicial de constitucionalidad y su importancia en la democracia contemporánea. Comienza por referirse a la democracia constitucional como la más ambiciosa concreción del Estado de derecho en cualquiera de sus modalidades, siempre y cuando cuente con un órgano judicial lo suficientemente poderoso e independiente para defender la supremacía de la Carta (p. 9). Para sustentar su tesis, el autor reconstruye la historia del control de constitucionalidad en Colombia,

desde los inicios de la República hasta la expedición de la Constitución de 1991²⁹. Así, con el texto constitucional vigente, la misma jurisprudencia de la Corte desarrolló la voluntad del constituyente, que es la salvaguarda judicial de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en lo que atañe a la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte, Cepeda destaca que esta se deriva del mismo texto constitucional, por cuanto a través de las acciones constitucionales se abonó el terreno para la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones por parte del Alto Tribunal:

El acceso de los ciudadanos al sistema de control constitucional también es fácil para pedir el control abstracto de normas. La acción pública de inconstitucionalidad preexistente no solo se mantuvo, sino que su alcance fue ampliado significativamente en 1991. La acción pública de inconstitucionalidad puede ser ejercida por cualquier ciudadano –con pocas formalidades, sin tener que actuar por medio de apoderado, y sin el deber de mostrar un interés jurídico específico en el tema objeto de la demanda– contra las leyes, las reformas constitucionales (en relación con su validez procedimental) y los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de poderes legislativos delegados (Cepeda, 2007, p. 42).

En este sentido, el autor argumenta que “Colombia tiene el sistema de control constitucional más abierto y de más fácil acceso que existe en Occidente” (p. 42). Esta particularidad propicia la participación de la sociedad civil a la hora de aplicar los contenidos dogmáticos de la constitución, principalmente los relacionados con la garantía de los derechos fundamentales.

²⁹ Para ver en detalle esta reconstrucción, consúltese el capítulo I de la presente investigación.

De acuerdo con lo anterior, es posible reconstruir el impacto que ha tenido la Corte derivado de las solicitudes de la sociedad civil expresada a través del constituyente y revitalizadas mediante la participación activa en la toma de decisiones del Alto tribunal, en los siguientes términos: en primer lugar, la interacción sociedad civil – Corte Constitucional ha contribuido al fortalecimiento del Estado de derecho, “expandiendo sus alcances y efectividad en un contexto en que el imperio de la fuerza a menudo parece prevalecer, y fortaleciendo las instituciones públicas, amenazadas por todo tipo de obstáculos y riesgos” (Cepeda, 2007, p. 62). En segundo lugar, se destaca la modificación por parte de la Corte del “equilibrio de poder social y político, entre otras al otorgar más poder a los débiles, los vulnerables, los marginados y los desorganizados” (p. 62). Por último, se precisa el impacto de las decisiones en la modificación de las políticas públicas ejecutadas por el gobierno para atender las problemáticas sociales propias del contexto colombiano.

3.4.3 Amaya (2017)

Este autor considera que los derechos fundamentales no pueden ser interpretados sin tener muy presente las ideas o las convicciones sociales y políticas de la sociedad civil.

En el texto *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del Control Judicial de Constitucionalidad*, Amaya (2017), además de exponer la importancia histórica y política de la sentencia *Marbury v. Madison* en la consagración de la *judicial review*³⁰, el autor plantea la forma en que la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin razones jurídicamente sustentables, se abrogó las funciones de intérprete autorizado de la Constitución, con lo cual se

³⁰ En el capítulo I de esta investigación se presentó en detalle el análisis de la referida sentencia realizado por el autor.

consagró como un juez fuerte que solo en algunas ocasiones escuchó los llamados de la sociedad civil en la toma de sus decisiones.

En lo que respecta a la influencia de la sociedad civil en las decisiones de los jueces constitucionales, Amaya presenta previamente aquellos autores que defienden y los que rechazan el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano judicial, inscribiéndose entre los que defienden la legitimidad de los tribunales constitucionales. Al respecto, el citado autor argumenta:

En caso de conflicto entre Constitución y Ley, debe preferirse la Constitución, porque la intención del pueblo expresada en ella es superior la intención contenida en la ley; además, la facultad judicial del control de los actos del poder político no implica una superioridad del judicial sobre el legislativo y el ejecutivo, sino la superioridad del pueblo sobre todos ellos, ya que los jueces al preferir la Constitución priorizan al pueblo sobre los representantes (Amaya, 2017, p. 127).

Es importante añadir que para este autor “lo que se requiere es un diálogo más interactivo entre los jueces y el proceso político, con el fin de que la intervención judicial produzca reacciones adecuadas en ese proceso de aproximación a los ideales de un liberalismo democrático” (p. 143). En suma, la concepción de la justicia constitucional condicionada por los mandatos de la sociedad civil, dentro de los límites del Estado constitucional de Derecho, es una postura hermenéutica interesante, en la medida en que a la vez que acepta el control jurisdiccional de la constitución lo supedita a los procesos políticos emanados de la sociedad civil.

3.4.4 Rousseau (2002)

Dominique Rousseau plantea que la legitimidad de la justicia constitucional depende del grado de interacción entre los jueces y la sociedad civil, siempre con fundamento en la protección de los derechos humanos y en la materialización de la ‘democracia continua’.

En el texto *La justicia constitucional en Europa*, Rousseau (2002) elabora un análisis de los orígenes históricos de los Tribunales constitucionales en Europa, tema del que nos ocupamos en el primer capítulo de la presente investigación. Lo interesante de este autor, en lo que respecta al presente acápite, es la relación que establece entre la legitimidad de los tribunales constitucionales, la interpretación de los pedidos de la sociedad civil y, principalmente, la garantía de los derechos humanos.

El planteamiento de Rousseau concibe al juez constitucional en función de los intereses de su mandante primario, esto es, la sociedad civil. En este sentido, rechaza la visión del juez aristócrata e introspectivo que imparte justicia a espaldas de la sociedad; por el contrario, afirma que el juez constitucional debe tener un comportamiento imparcial, abierto y acorde con los postulados de la democracia deliberativa:

Con carácter general, en todos los Estados, los jueces constitucionales no deben adoptar comportamientos o realizar acciones incompatibles con el ejercicio digno, imparcial e independiente de su función. Se trataría de alcanzar un entendimiento cordial entre los jueces sobre la extensión posible de su expresión pública y sobre la evolución de su opinión. Atrás quedaron los tiempos en que los jueces se creían obligados a mantenerse encerrados, silenciosos en sus Tribunales; actualmente su participación activa en coloquios, impartiendo cursos sobre la justicia constitucional, e incluso comentando sus propias decisiones ya no se consideran

incompatibles con su función. Esto es bueno tanto para propiciar la transparencia de los Tribunales como para mejorar su conocimiento por la opinión pública³¹ (Rousseau, 2002, p. 42).

De acuerdo con lo anterior, la influencia de la sociedad civil en las decisiones de los jueces constitucionales es, para el citado autor, una situación intrínseca al deber funcional de los magistrados, quienes como garantes del Estado de Derecho y de los derechos humanos, deben tener en cuenta el sentir de la sociedad civil a la hora de interpretar la Constitución. Un ejemplo claro de esta postura hermenéutica son las sentencias C-133 de 1994 y C-355 de 2006, relacionadas con la constitucionalidad del aborto como delito en Colombia.

Estas sentencias guardan una íntima relación factual: en ambas se alega la inconstitucionalidad del aborto como delito en Colombia. Sin embargo, a pesar de tratarse del mismo tipo penal³², el enfoque hermenéutico y la decisión de la Corte son distintos. Teniendo en cuenta las claves de lectura ofrecidas por Rousseau (2002) que defiende y justifica la influencia

³¹ Ejemplo de ello es, entre otros, el *XIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, la Corte Constitucional en perspectiva global*, llevado a cabo en enero de 2019. De acuerdo con la información consultada en la página de la Corte Constitucional, “Esta versión se ha denominado “La Corte Constitucional en perspectiva global” y contará con la presencia de 40 invitados, nacionales y extranjeros, quienes evaluarán críticamente los principales temas académicos que la Corte Constitucional debe abordar en su jurisprudencia. Para tal fin, el evento se desarrollará en 5 paneles, los cuáles abordarán los siguientes temas: (i) el rol del juez constitucional en una democracia moderna; (ii) constitucionalismo de los derechos sociales y económicos; (iii) reformas constitucionales inconstitucionales; (iv) el rol del derecho internacional y extranjero en el constitucionalismo interno; y (v) la Corte Constitucional desde la perspectiva nacional. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?XIII-Encuentro-de-la-Jurisdiccion-Constitucional,-la-Corte-Constitucional-en-perspectiva-global-8684>

³² Es importante destacar que en la Sentencia C-133 de 1994 la norma demandada es el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código penal de la época), mientras que en la Sentencia C-355 de 2006 las normas acusadas son los artículos 122, 123 (parcial) y 124 de la ley 599 de 200 (Código penal actual); no obstante, se trata de las mismas instituciones, es decir, del delito de aborto.

de la sociedad civil en las decisiones de los jueces constitucionales, es posible advertir que en la sentencia C-133 de 1994 la Corte tomó la decisión de espaldas a la sociedad civil, es decir, sin siquiera escuchar las intervenciones de las organizaciones que la conforman. Es por ello por lo que en esta providencia solamente hallamos intervenciones de autoridades pertenecientes a la burocracia institucional (Defensor del Pueblo, Ministerio de Justicia y Procurador General de la Nación). Como consecuencia de ello, la referida sentencia C-133 de 1994 es una providencia regresiva, decimonónica e “inconstitucional” como lo destacaron los magistrados que salvaron el voto, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, al precisar que en ciertas circunstancias – violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre– la interrupción voluntaria del embarazo busca precisamente respetar la dignidad humana y el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo.

La sentencia C-355 de 2006, por el contrario, contó con una amplia participación de la sociedad civil; de ello dan cuenta las intervenciones (muchos de cuyos argumentos fueron acogidos por la Corte Constitucional) de la Corporación Casa de la Mujer y Corporación Cisma Mujer, así como de varios ciudadanos tanto a favor como en contra de la constitucionalidad del aborto como delito en Colombia. En esta providencia puede advertirse claramente la influencia que puede ejercer la sociedad civil en las decisiones de la Corte. Gran parte del texto se ocupa de recoger las intervenciones, clasificándolas a favor y en contra, no solo de organizaciones nacionales sino también de carácter internacional.

Ahora bien, en términos cuantitativos, no podemos afirmar que la Corte Constitucional despenalizó el aborto³³ porque haya habido más intervenciones de la sociedad civil en dicho

³³ La Corte decidió: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes

sentido. Sin embargo, dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia se destaca que una de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a Colombia, con relación a la situación de los derechos humanos en nuestro país, es que tome las acciones necesarias a fin de que la sociedad civil esté representada en el proceso de formulación e implementación de políticas y programas en favor de los derechos de la mujer, pues, aunque no se ordena la despenalización absoluta del aborto, sí se recomienda tener en cuenta los derechos de la mujer a la hora de diseñar la política criminal, de allí la Corte concluyó que el aborto – como delito– cede ante la interrupción voluntaria del embarazo –como derecho fundamental– y en consecuencia elimina la relevancia penal del referido delito en ciertos casos. Llama la atención que en esta providencia la Corte acogió varios de los argumentos religiosos expuestos por algunos integrantes de la sociedad civil y los “tradujo” al lenguaje secular.

En términos prácticos, Rousseau plantea una ‘nueva’ forma de democracia más allá del principio de representación, a la que denomina ‘democracia continua’ y cuyo protagonista es ‘el espacio de participación popular’, lo cual permitirá a los individuos ejercer un trabajo político: el control de la acción de las autoridades por fuera de los escenarios electorales característicos de la democracia representativa.

casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

3.4.5 Saffón y García (2011), García (2012)

Para estos autores, la participación de actores localizados por fuera de la burocracia institucional en la toma de decisiones de los Tribunales Constitucionales es un elemento obligatorio en las democracias constitucionales contemporáneas

En el ensayo *Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina*, Mauricio García Villegas (2012) reflexiona sobre las características y los alcances del constitucionalismo latinoamericano, a través del análisis de las diversas concepciones de lo que es y lo que *debería ser* la Constitución. En lo que atañe a la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional, el autor colombiano describe el tránsito del constitucionalismo aspiracional al constitucionalismo democrático, a través de la participación dialógica y abierta de la sociedad en las decisiones relativas al control judicial de las leyes. En este orden:

El constitucionalismo aspiracional busca la efectividad fáctica, y no solo jurídica, de sus normas. Jurídicamente, este carácter revela el hecho de que las normas que consagran sus principios, valores y derechos sociales no son consideradas como meras formulaciones retóricas sino como normas llamadas a tener efectos inmediatos. Para garantizar esta efectividad las constituciones aspiracionales contemplan dos vías posibles: 1) la movilización política de las fuerzas que dieron origen a la constitución, con su debida manifestación en los órganos colegiados y 2) el control judicial de las leyes y de los actos administrativos con el objeto de exigir que los representantes de las mayorías políticas hagan efectivos los principios y los derechos consagrados en la constitución (García, 2012, p. 93).

Así bien, para García es claro que la Constitución requiere algo más que el simple desarrollo legal o jurisprudencial para revestir efectividad, lo cual puede traducirse en dos cuestiones básicas: por una parte, el compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, la sociedad civil, lo que el autor denomina ‘constitucionalismo militante’, “esto significa que las constituciones aspiracionales logran cambios sociales en la medida en que dichos cambios esté impulsados, si no por una revolución previa, por lo menos por un gran movimiento social y político que acompañe y exija el desarrollo de los postulados constitucionales” (García, 2012, p. 94). De otro lado, se requiere de la consolidación de una nueva cultura hermenéutica de los derechos consagrados en la Constitución, que pasa por la misma sociedad civil en general y, por supuesto, por las facultades de derecho en particular.

Para este autor, el sentido del texto constitucional depende de las fuerzas sociales y políticas que luchan por su apropiación; por lo cual, la presión de la sociedad civil frente a las decisiones de la Corte Constitucional dependerá del grado de pertenencia de aquella frente a la interpretación de los derechos fundamentales. En palabras de García:

El hecho de que las constituciones sean material simbólico no significa que la racionalidad jurídica carezca de importancia, ni mucho menos que lo simbólico no tenga efectos materiales. Significa, por el contrario, que la realidad del derecho es una realidad comunicacional y en disputa, en donde participan diferentes tipos de actores dotados de capitales diferentes (técnico-jurídico; social, económico, etc.) y desiguales en términos de poder. Por eso mismo la suerte de las constituciones o está echada de antemano. Lo que una constitución es, lo que vale, depende del contexto y de las luchas por la apropiación del sentido que se libra en ese contexto (2012, p. 97).

Con este planteamiento, García Villegas sustenta su postura resaltando la importancia de la participación de la sociedad civil como elemento extrínseco a la burocracia institucional en la toma de decisiones de los Tribunales Constitucionales. En el caso colombiano, las sentencias de constitucionalidad conllevan, por antonomasia, el concepto del Procurador General de la Nación (artículo 242 numeral 2 de la Constitución Política), cargo que hace parte de la burocracia institucional. Sin embargo, la Carta de 1991 también establece que cualquier ciudadano podrá intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros. Esta es la puerta que abre el camino a la intervención, dentro del marco institucional, de la sociedad civil en las deliberaciones de la Corte Constitucional. Como puede apreciarse, la intervención del Procurador General de la Nación es obligatoria, mientras que la de la sociedad civil es facultativa. Para que la sociedad transite del ‘constitucionalismo aspiracional’ al constitucionalismo democrático se requiere que la deliberación producto de los debates de la sociedad civil se vea reflejada en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

A pesar de lo anterior, Saffón y García (2011) sostienen que las sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos sociales son insuficientes, a pesar de las presiones de la sociedad civil. Con todo, los autores resaltan que la insuficiencia obedece a que gran parte de la población no participa en la toma de decisiones, por estar marginalizados o excluidos del sistema. De manera que, aunque la participación de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional es, para Saffón y García, incuestionable, también destacan la existencia de sectores que no participan en la democracia deliberativa, lo cual es, naturalmente, una falencia del sistema político colombiano.

3.5 Juez constitucional dialógico con participación ex post de la sociedad civil derivada de las órdenes impartidas en las respectivas providencias

De otra parte, se encuentra una quinta postura interpretativa que, si bien concibe al juez constitucional como un juez dialógico, destaca la participación de la sociedad civil no en las decisiones (ex ante) sino una vez proferidas las providencias (ex post), de ello dan cuenta con gran acierto Rodríguez (2010, 2013), Rodríguez y Rodríguez (2015) y Barroso (2017).

Rodríguez (2013) aborda el tema de la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-025 de 2004 sobre el desplazamiento forzado en Colombia, y cómo esta decisión trascendental para el activismo judicial se resuelve a través de lo que denomina ‘activismo dialógico’, según el cual el juez es un instrumento de la democracia deliberativa siempre y cuando las intervenciones judiciales promuevan la colaboración entre las diferentes ramas del poder y la deliberación sobre los problemas públicos. A partir de esta postura hermenéutica se justifica la intervención del juez constitucional a la hora de solucionar los problemas que afectan a la sociedad civil, partiendo de, por una parte, ordenar a las autoridades de la rama ejecutiva desarrollar e implementar determinada política pública y, de otro lado, exhortar al Congreso respecto de la forma en que debe legislarse a efectos de que las leyes guarden armonía con el texto constitucional y, fundamentalmente, con la interpretación que la Corte Constitucional realiza respecto de los mandatos establecidos en la Carta, interpretación que se deriva de las exigencias de la sociedad civil.

De otra parte, Rodríguez y Rodríguez (2015) analizan los efectos de los fallos estructurales de la Corte Constitucional con base en la referida sentencia T-025 de 2004. Dichos efectos son materiales directos e indirectos, y simbólicos directos e indirectos. Respecto de los efectos materiales directos, los autores destacan el diseño de las políticas públicas ordenadas en

la respectiva providencia, y como consecuencias indirectas la formación de activistas de la sociedad civil para influenciar en el seguimiento a las órdenes impartidas por la Corte. En lo que atañe a los efectos simbólicos directos, destacan la definición y la percepción de los problemas como una vulneración a los derechos fundamentales; y frente a los efectos simbólicos indirectos resaltan la transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y la gravedad del problema (p. 41).

Así también, para Rodríguez y Rodríguez las sentencias estructurales de la Corte³⁴ estimulan “las relaciones y el diálogo entre los organismos públicos y las organizaciones de la sociedad civil mediante audiencias y peticiones periódicas de información” (2015, p. 46). De manera que las sentencias de la Corte no solo se encuentran influenciadas por la sociedad civil en su proceso de elaboración, es decir, antes de emitir el fallo, sino también con posterioridad. Para el caso de la sentencia T-025 de 2004, Rodríguez y Rodríguez destacan que una vez proferida se formaron organizaciones y coaliciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento a las órdenes impartidas por el Alto Tribunal.

Esta tesis que argumenta que la participación de la sociedad civil se materializa una vez proferidas las sentencias sobre la constitucionalidad de las leyes también es defendida por Barroso (2017), quien argumenta que los tribunales constitucionales no solo ejercen el rol contramayoritario de que habla la teoría constitucional sino que también cumplen dos funciones adicionales: la función representativa, que hace referencia a que la Corte Constitucional cumple un papel de *representante argumentativo de la sociedad* ante los demás poderes del Estado (p.

³⁴ Estos autores denominan ‘sentencias estructurales’ a aquellas que impactan directamente en un gran número de individuos e indirectamente en toda la sociedad. Principalmente, se refieren a las providencias que declaran el ‘estado de cosas inconstitucional’, como en efecto sucedió con la sentencia T-025 de 2004.

2203) y la función iluminista, según la cual la Corte, a partir de decisiones trascendentales (el autor cita el caso *Brown vs. Board of Education*, abordado en el primer capítulo de esta investigación), propicia cambios que luego son apropiados por la sociedad civil y *exigidos* en caso de posteriores retrocesos.

3.6 Juez constitucional débil con absoluta participación de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución

Por último, en sexto lugar, se presentan los autores que defienden la participación absoluta de la sociedad civil en la interpretación de la Constitución, afirmando cierto grado de hostilidad hacia el poder judicial. Por esta razón, han sido clasificados en la casilla denominada “juez constitucional débil”. Esta postura también reviste claroscuros según el autor que se analice. No obstante, los autores citados en este apartado tienen una característica común: hacen parte del denominado *constitucionalismo popular*.

3.6.1 El constitucionalismo popular y sus alrededores

En este apartado se presentan las principales posturas en torno al constitucionalismo popular y sus vertientes, partiendo de la recopilación doctrinal acerca de los Tribunales Constitucionales realizada por Flórez (2011b) en la que se exponen la tensión entre democracia (Pueblo) y Constitución (Tribunal Constitucional), teniendo como marco teórico la teoría de los límites constitucionales de Elster, el Constitucionalismo Popular de Kramer, y la teoría de la sociedad abierta a los intérpretes de Peter Häberle (2002). También se exponen algunas ideas que se acercan al constitucionalismo popular, sin adscribirse explícitamente a dicha corriente, expuestas por Mouffe (1999).

Flórez (2011b) concibe a la sociedad civil como el actor político-jurídico de mayor importancia dentro del orden constitucional cuyo ejercicio no se limita únicamente a los

procedimientos propios de la democracia representativa (sufragio) “sino que requiere un diálogo constante con la institucionalidad del poder constituido, en procura de renovar las condiciones de legitimidad que requiere e derecho oficial para seguir existiendo como derecho válido y eficaz” (p. 5).

De acuerdo con lo anterior, el autor presenta tres teorías que ilustran los nexos dialógicos existentes entre Constitución y Pueblo. La primera de ellas corresponde a la visión de Jon Elster, el cual parte de la metáfora de Ulises encadenado para explicar las autolimitaciones que la comunidad política, consciente de su maleabilidad, suele imponer en la Constitución. En este orden, “Elster considera que la política debe ser entendida como una actividad que procurando la eficiencia opte siempre por la elección más racional dentro de las posibles” (p. 7); por lo cual, “en su introducción a lo que denomina la teoría de la *racionalidad imperfecta* apela a una metáfora bastante persuasiva pero a su vez paradójica: la figura del héroe homérico Ulises, quien opta por pedir a sus marineros que lo aten para no sucumbir frente al hechizo de los cantos de las sirenas” (p. 8). En palabras de Elster:

Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil, y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales (1989, p. 66).

Así bien, a través de la metáfora de Ulises empleada por Elster, Flórez resalta la frágil condición humana a partir de lo que denomina “racionalidad imperfecta”, “por lo tanto, vemos cómo la tesis que pretende defender el autor es la que entiende el atarse a sí mismo como un

modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios imperfectos” (p. 8). Lo anterior encuentra sustento en el imperio de la Constitución y la Ley como características esenciales de la democracia constitucional.

Con todo, Flórez destaca la paradoja que reviste el argumento de Elster, “en la medida en que cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras” (p. 9). Una manera de conjurar la paradoja, explica Flórez, es que el Constituyente comprometa a las generaciones posteriores mediante un conjunto de cláusulas rígidas que, por una parte, impidan reformar la Constitución de una manera sencilla, y, por otro lado, sustenten su legitimidad en hechos históricos concretos, como en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Para el autor, la herramienta más común para “atar al mástil” a las mayorías es el control de constitucionalidad.

No obstante, la teoría de Elster basada en la metáfora de Ulises puede ser abordada desde otra perspectiva, en virtud de la cual el héroe homérico, al pedir a sus hombres que lo ataran al mástil para huir del canto de las sirenas, y estos, con los oídos tapados de cera, al no escuchar a las sirenas se abstuvieron de acceder a las súplicas de Ulises y lo mantuvieron atado al mástil (Odisea, XII, 155-205). Los héroes son realmente los hombres de Ulises (el constituyente), quienes según la posición hermenéutica que se aborde, pueden ser entendidos como “El Pueblo” o como el “Tribunal Constitucional” que, a pesar de los clamores del héroe populares, emite decisiones contra-mayoritarias a efectos de mantener la voluntad del constituyente, aún en contra de sus súplicas inmediatas. Así pues, se trata de discusiones que, yendo por caminos distintos, buscan un mismo fin: mantener la integridad de la Constitución. Esta discusión representa la pugna entre el constitucionalismo popular y la democracia basada en la supremacía judicial.

Así bien, el constitucionalismo popular cuestiona los nexos dialógicos existentes entre Constitución y Pueblo, en el marco de un modelo de democracia deliberativa en el que las decisiones políticas se encuentran supeditadas al control del pueblo el cual actúa a través del intercambio de razones y no apoyado en la existencia de un Tribunal Constitucional. Flórez, siguiendo a Roberto Gargarella (1996, p. 12), destaca que la existencia del control jurisdiccional de constitucionalidad se sustenta en “presupuestos de raíz conservadora y antidemocráticos, conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía –de un modo efectivo– si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas” (Gargarella, 1996, p. 13). Adicionalmente, subyacen “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 *decisiones justas* como decisiones correctas e imparciales” (p. 13).

En este orden de ideas, el constitucionalismo popular plantea la tensión entre representación, voluntad popular y poder judicial. Básicamente, esta corriente teórica esboza el siguiente interrogante: *¿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?* (Flórez, 2011b, p. 14). En este orden, Flórez trae a colación de definición de constitucionalismo popular presentada por Rincón (2008, p. 124), en la que afirma que se trata de una corriente jurídica que se opone a la supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y, en específico, a toda idea que aboga por la supremacía de los tribunales constitucionales, en virtud de la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la constitución en última instancia.

De otra parte, Flórez invoca a Larry Kramer (2011), uno de los exponentes más importantes del constitucionalismo popular, precisando que la única autoridad competente interpretar el contenido de la constitución es el pueblo, postura que coincide con Gargarella en la medida en que comparten cierta hostilidad hacia el sistema judicial de control de constitucionalidad de las leyes. Se destacan los “criterios comunes” al constitucionalismo popular propuestos por el autor argentino. En primer lugar, el desafío a la supremacía judicial: quitando la Constitución de la mano de los tribunales y entregándole la autoridad hermenéutica de la Carta a su autor originario, el pueblo. En segundo lugar, alude al criterio de ir en contra de una “sensibilidad antipopular” que considera moralmente superior al juez constitucional. El tercer criterio se vincula a la defensa de una interpretación extrajudicial de la Constitución, por parte de los actores sociales y, especialmente, de la sociedad civil (Flórez, 2011b, p. 18), lo cual concuerda con el cuarto criterio que busca interpretar el derecho fuera del derecho, es decir, a través de los contextos propios del mundo social. Por último, el constitucionalismo popular defendido por Gargarella aboga por una mayor democracia y participación, visión que concibe a las mayorías no como una amenaza que debe ser contenida por el Tribunal Constitucional sino como la oportunidad de autodeterminación de los pueblos.

En concordancia con lo anterior, “Gargarella piensa que el verdadero debate sobre la política y los derechos debe darse en la ‘plaza pública’, en las asambleas, los concejos, y que los jueces deben ser simples observadores de la construcción del derecho. En otras palabras, el juez solo es un aplicador de las normas por respeto a la democracia deliberativa” (Agudelo, 2014, p. 39). En otras palabras:

Los ‘escépticos del control judicial’ dirán, como en el caso de Gargarella, que en el caso de crisis democrática lo único que se debe hacer es perfeccionar la

‘representación democrática’ y no acabarla del todo con ‘reyes filósofos’ –jueces– que pretenden salvar las virtudes políticas y guiar nuestros planes de vida. Además, dice el profesor argentino, si se trata de criticar los parlamentos porque son lugares netamente ‘politiqueros’, de igual forma los jueces caen en el mismo problema de influencias e intereses políticos como cualquier persona. De modo que los jueces como fuente de ‘elitismo judicial’ perjudicarían aún más la deliberación política, debilitándola y bloqueándola. En suma, para Gargarella, como los jueces no son elegidos democráticamente, no puede tener semejantes credenciales populares (Agudelo, 2014, p. 40).

La tercera teoría expuesta por Flórez es la de una sociedad abierta a los intérpretes, siguiendo los postulados de Peter Häberle (2002), quien concibe la Constitución como una ciencia cultural que se nutre de las particularidades históricas del pueblo al que pertenece (Flórez, 2011b, p. 22). Para Flórez, la teoría cultural de la Constitución de Häberle “estriba en el hecho de que ésta supone un mayor grado de seguridad para la norma suprema y, por tanto, para el Estado” (p. 23). En este orden, Flórez destaca que para Häberle la Constitución no es solamente un texto jurídico sino una expresión del desarrollo cultural de un pueblo, lo cual “permite construir nuevos y más fuertes vasos comunicantes entre derecho y sociedad y, por tanto, ayuda a profundizar los valores democráticos” (p. 25).

En el libro *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Kramer (2011) destaca entre otras cosas las falencias prácticas que reviste el ejercicio del poder judicial, principalmente en lo que respecta a la redacción de las sentencias y la deliberación en el seno de los Tribunales, a saber:

Hoy la mayoría de los jueces de la Corte confía en los relatores la preparación de un caso en su nombre, pocas veces leen más que el “memo de la judicatura o las presentaciones de las partes”. La argumentación oral se limita a una hora, que los jueces utilizan para clarificar los hechos y para enviarse, unos a otros, señales de sus pensamientos. Una de las razones por la que necesitan enviarse señales unos a otros de esta forma es que pasan muy poco tiempo conversando (...) El análisis jurídico detallado es realizado casi exclusivamente por los relatores, graduados de derecho recientes con uno o dos años de experiencia como máximo. Los jueces casi nunca se reúnen para discutir en borrador de una opinión y nunca desarrollan su argumentación en grupo (p. 294).

Por lo anterior, para este autor “en el constitucionalismo popular es inútil todo control judicial, ya que este debilita la deliberación al dejar el debate en manos de una ‘élite judicial’. Con un control judicial de este tipo, las deliberaciones se dan principalmente detrás de la opinión pública, es decir: en comités o gabinetes, entre individuos, por correo electrónico, a través del personal, y así sucesivamente” (Agudelo, 2014, pp. 230-231). Claramente, el constitucionalismo popular de Kramer se contrapone a cualquier tipo de supremacía judicial, pues son los ciudadanos quienes deber interpretar directamente los postulados de la Constitución.

Por todo lo anterior, los defensores del constitucionalismo popular se ubican en el espectro que defiende la existencia de una sociedad civil fuerte y un juez constitucional ‘débil’ o sustantivamente atenuado, por cuanto la interpretación de la Constitución corresponde, de manera absoluta, al pueblo como depositario del poder público. En otras palabras, para estos autores los jueces no son descubridores de los valores sino garantes de los canales abiertos de participación democrática (Agudelo, 2014, p. 249).

Esta concepción *instrumental* del juez constitucional también la encontramos en el libro *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional* de John Hart Ely (1997). En este texto, el pensador estadounidense defiende la existencia de un juez “árbitro” que salvaguarde la democracia representativa (Ely, 1997, p. 97). Para este autor, el juez constitucional que interviene de manera directa en los asuntos públicos entorpece la democracia, pues es en ella en donde se discuten los valores constitucionales. De acuerdo con Agudelo:

Ely se compromete con la defensa de una aproximación al control judicial orientado a la participación y que refuerza la representatividad, sin defender la tesis de que la Constitución lo que sugiere a los jueces es prescribir valores y principios (...). Esto no quiere decir que los procedimientos por oposición de la tesis de los valores no sea una tesis incompatible con la democracia, pero insiste en que los jueces tan solo son un árbitro de los canales democráticos para que desbloqueen los espacios que la gente debe tener en una sociedad democrática (2014, p. 253).

En efecto, para Ely, gran defensor de la democracia representativa, resulta inconcebible la existencia de una élite no elegida democráticamente que interfiera en los asuntos del Estado de manera activa, puesto que “la idea de que los auténticos valores de la gente pueden ser de manera más confiable por una élite no democrática se conoce en ocasiones como ‘el principio del Führer’, y fue ciertamente Adolf Hitler quien afirmó «Mi orgullo es que no conozco a ningún estadista del mundo que, con mayor derecho que yo, pueda decir que él representa a su pueblo»” (Ely, 1997, p. 91).

Con todo, es importante enfatizar en que las ideas de Ely (1997) corresponden a un contexto de democracia representativa; en la actualidad, las democracias se basan en la soberanía popular, con lo cual los jueces constitucionales modernos deberán tener en cuenta la

participación de la sociedad civil en el proceso deliberativo. En este sentido, es claro que la teoría propuesta por Ely se contrapone a los postulados de la democracia participativa basada en el poder judicial como defensor de la Constitución. La idea del juez árbitro, propuesta por Ely lo enmarca en un punto intermedio entre el constitucionalismo popular y la existencia del juez dialógico; sin embargo, consideramos más acorde ubicarlo en este apartado del estado del arte.

El anterior criterio resulta aplicable a la democracia radical propuesta por Chantal Mouffe (1999) en *El retorno de lo político*. A partir de una relectura crítica de la Teoría de la Justicia de Rawls, la autora pone en cuestión los conceptos de libertad e igualdad como principios políticos de un régimen democrático liberal cuya interpretación reviste dificultades a la hora de aplicarlos. La construcción de una hegemonía a partir de la justicia debe entenderse, según Mouffe, a partir de la construcción de sentido de la ciudadanía, y no desde la institucionalidad, como lo establece Rawls, por cuanto:

Parte de la lucha típica de la política moderna estriba en constituir un cierto orden, en fijar relaciones sociales en torno a puntos nodales, pero los éxitos son necesariamente parciales y precarios debido a la permanencia de fuerzas antagónicas. Los discursos acerca de la justicia forman parte de esa lucha porque, al proponer interpretaciones conflictivas de los principios de libertad e igualdad, proporcionan fundamentos de legitimación a diferentes tipos de demandas, crean formas particulares de identificación y modelan las fuerzas políticas. En otras palabras, desempeñan un papel importante en el establecimiento de una hegemonía específica y en la construcción del sentido de la «ciudadanía» en un momento dado (Mouffe, 1999, p. 81).

En este orden de ideas, para Mouffe una hegemonía exitosa será aquella que establezca un sentido común ampliamente compartido, el cual se distancia de la razón pública rawlsiana, por cuanto la concepción política que propone la autora va más allá al afirmar que la justicia debe ser “capaz de proporcionar un polo de identificación para las fuerzas democráticas, al tiempo que un nuevo lenguaje de ciudadanía para enfrentar las concepciones individualistas basadas en la eficiencia de la libertad individual” (1999, p. 82).

Así las cosas, esta autora concibe la justicia desde la misma sociedad civil, la cual, en virtud de los nuevos espacios derivados de las demandas exigidas por movimientos en pro de los derechos de las mujeres, el movimiento gay, el ecologista, etc., tiene la capacidad de crear una nueva hegemonía que no necesariamente debe pasar por los cauces burocrático-institucionales. El gran volumen de intervención estatal que implica la teoría de la justicia de Rawls, en lo que respecta a la existencia del tribunal constitucional como garante de la razón pública, dificulta la concepción de un tribunal constitucional que interprete la pluralidad de demandas que surgen del seno de la sociedad civil.

4. Conclusiones

El decurso histórico de la justicia constitucional transitó de lo político a lo jurídico. Si bien los inicios del control de constitucionalidad de las leyes, como vimos, revisten, en definitiva, características políticas, en la actualidad encontramos que dicho control judicial se encuentra claramente reglado no solo por la Constitución sino por leyes específicas, en el caso de Colombia. Así, la tradición anglosajona de la cual se deriva el sistema de control de constitucionalidad impregnó el sistema romano germánico de naturaleza civil, con lo cual tenemos un procedimiento que se basa en el contenido textual de la Constitución y la Ley (tradición civilista) y, por supuesto, en el precedente jurisprudencial (*common law*).

Ahora bien, aunque el control de constitucionalidad de las leyes se encuentra plenamente reglado, esto no implica que los tribunales constitucionales no puedan adoptar sentencias cuya naturaleza no se encuentra consagrada en la Carta Política ni en la ley, de ello dan cuenta casos de la jurisprudencia colombiana como el “estado de cosas inconstitucional” y la “teoría de la sustitución de la Constitución” desarrollados por la Corte Constitucional³⁵. Si bien hasta el momento la Corte ha aplicado estos marcos interpretativos para salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, la sociedad civil no debe ignorar los riesgos que implica otorgar a la Corte (o que ella se otorgue a sí misma) un poder de tal magnitud.

Por otra parte, el análisis de los distintos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad en América Latina da cuenta de que se trata de una metodología de protección de la Carta de índole incipiente y cuyo desarrollo dependerá no solo de las instituciones democráticas sino de la misma sociedad civil. Por ello, aunque en un inicio la investigación se

³⁵ La teoría de la sustitución de la Constitución no es de autoría de la Corte Constitucional de Colombia, pues ya había sido utilizada en Alemania e Italia, y desde 1967 en la República de la India (Gómez, 2018, p. 8).

planteó a efectos de determinar la incidencia de la sociedad civil en las decisiones de los tribunales constitucionales en abstracto, consideramos más provechoso académicamente concretar el análisis en algunas providencias de la Corte Constitucional de Colombia.

En lo que respecta a la sociedad civil, evidentemente se trata de un concepto cuya definición es particularmente difícil de precisar. La revisión bibliográfica permite concluir que, en efecto, se trata de una noción que ha ‘evolucionado’ hasta adaptarse al contexto de las sociedades complejas existentes en la actualidad. Se advierte también que la Corte Constitucional de Colombia concibe la sociedad civil de forma limitada; no obstante, en la práctica puede afirmarse que sus decisiones no son indiferentes a la sociedad civil que la filosofía política proyecta en la actualidad. En otras palabras, aunque cuando la Corte se refiere concretamente a la sociedad civil –como en el caso del seguimiento a la Sentencia T- 760 de 2008– está adoptando un concepto restringido de aquella, en términos generales, gracias a la amplitud de las intervenciones ciudadanas, las audiencias públicas y la cada vez más abundante cantidad de encuentros académicos en los foros de discusión promovidos por el Alto Tribunal, podemos afirmar que el concepto de sociedad civil en el marco de la democracia participativa es compatible con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Otra conclusión importante, aunque parezca obvia, es la unanimidad absoluta de los autores consultados en afirmar sin titubeos la supremacía de la Constitución y la importancia de establecer un órgano encargado de salvaguardar su integridad. Las diferencias residen en la índole de ese ‘órgano’, si debe ser político o jurisdiccional. También se hallaron diferencias en torno a la naturaleza del juez constitucional (débil – dialógico – fuerte) con respecto a la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones (débil – dialógica – absoluta). Los autores ‘clásicos’ –por llamarlos de alguna manera– , entre los que se encuentran Kelsen,

Dworkin y Alexy, otorgan mayor relevancia al papel del juez como hermeneuta de la Constitución y menor relevancia a la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones, en contraste con el constitucionalismo popular que expresa hostilidad hacia el papel del juez constitucional como intérprete de la Constitución, argumentando que aquéllos carecen de legitimidad y que, por el contrario, es el pueblo el encargado de interpretar los tenores de la Carta Política. Entre estos dos extremos brillaron las posturas doctrinales que defienden el control jurisdiccional de constitucionalidad siempre y cuando se propicie la participación de la sociedad civil en la deliberación y toma de decisiones por parte del juez constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional resulta compatible con la postura doctrinal que defiende la existencia de un juez dialógico cuyas decisiones se profieren una vez escuchados los argumentos de la sociedad civil. Sin embargo, no es posible realizar dicha afirmación de manera absoluta, pues, como se vio, en todas las posturas (salvo la que pregona el constitucionalismo popular) encontramos importantes sustentos jurisprudenciales. De manera que la influencia de la sociedad civil en las decisiones de la Corte Constitucional dependerá de varios factores: en primer lugar, la posición doctrinal que se asuma. En segundo lugar, el grado de desarrollo de la sociedad civil a la hora de plantear sus anhelos y exigencias, y, por último, la voluntad de la Corte no solo de escuchar los argumentos de la sociedad civil sino de tenerlos en cuenta a la hora de proferir sus providencias en torno a determinada interpretación de la Carta.

Finalmente, es importante aclarar que el juez constitucional deberá, independientemente de las presiones de la sociedad civil, preservar la ‘razón pública’, en términos rawlsianos, es decir, el razonamiento de los ciudadanos en los foros públicos en torno a los principios constitucionales esenciales y a las cuestiones básicas de la justicia. Dicha ‘razón pública’ es intocable e incuestionable incluso por la Corte Constitucional. De manera que la Corte tendrá la

obligación de impedir que las mayorías en el Congreso modifiquen los principios constitucionales esenciales y también deberá abstenerse de, a partir de alguna interpretación sesgada de la Constitución, cambiar o modificar los contenidos filosóficos de que se constituye la razón pública.

Referencias Bibliográficas

- Agudelo, C. (2014). La democracia de los jueces. La 'Rama menos peligrosa' como poder prodemocrático en la práctica constitucional. Bogotá: Leyer.
- Aguirre, J., Silva, A. & Pabón, A. (2016) *Habermas y el rol de la religión en la esfera pública: el caso de las intervenciones ciudadanas en la Sentencia C-355-06*, 133 *Vniversitas*, 23-58. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.hrre>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Amaya, J. (2017). *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del Control Judicial de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Arboleda, P. et. al. (2017). *La garantía judicial de la constitución: La relación entre los jueces, los derechos y la constitución*. Prólogo de Andrés Botero Bernal. Manizales: Universidad de Caldas.
- Aristóteles (1998). *Política*. (M. García Valdés, trad.). Madrid: Gredos.
- Ballesteros, E. B. (2001). El control constitucional en Perú. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 45-66.
- Barroso, L. (2017). *Countermajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito & Práxis: Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3407-2304>.
- Becch, P. (1993). Distinciones acerca del concepto hegeliano de sociedad civil. *Doxa*. Núm. 14, pp. 379-420.
- Beltrán, E. (2010). Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. *Revista Chilena Historia del Derecho*, (22) pp. 1231-1255.

- Bobbio, N. (1977). Gramsci y la concepción de la sociedad civil. En Fernández, F. (Ed.), *Actualidad del pensamiento político de Gramsci* (pp. 150-176). Barcelona: Grijalbo.
- Botero, A. (2010). *Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy*. En: Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho. Buenos Aires: La Ley. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Departamento de Publicaciones.
- Botero, A. (2012a). La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea. En Barbosa, F. (Ed.), *Historia del derecho público en Colombia* (pp. 319-341). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Botero, A. (2012b). Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la Contemporaneidad. En Londoño, M. (Coord.), *Constitución y democracia: La cuadratura del círculo. Memorias del VI seminario internacional TGD* (pp. 93-120). Medellín: Universidad de Medellín.
- Botero, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En Fabra, J. y Núñez, A. (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 63-170). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, M. (2007). La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Stanford*. Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia (20) pp. 146-153.
- Castaño, L. (2010). Justicia e interpretación constitucional. Bogotá: Leyer.
- Cepeda, M. (2007). Polémicas constitucionales. Bogotá: Legis.
- Chinchilla, T. (1987). Por una sociedad civil hacia un Estado de Derecho. *Revista Universidad de Antioquia*. Núm. 211, pp. 56-64.

Cohen, J. y Arato, A. (2002). *Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-133 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell; marzo 17 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 de 1996. (M.P. José Gregorio Hernández; enero 23 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-580 de 2001. (M.P. Clara Inés Vargas; junio 6 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas; abril 11 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. (M.P. Manuel José Cepeda; enero 22 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006. (M.P. Jaime Araújo y Clara Inés Vargas; mayo 10 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas y otros; mayo 18 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda; julio 31 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; julio 26 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-141 de 2017. (M.P. María Victoria Calle; marzo 7 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-608 de 2017. (M.P. Carlos Bernal Pulido; octubre 3 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630 de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero y Antonio José Lizarazo; octubre 11 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-315 de 2019. (M.P. Antonio José Lizarazo; julio 16 de 2019).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo; agosto 15 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-016 de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero; enero 23 de 2020).

Corte Constitucional de Colombia. Auto 243 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; julio 11 de 2001).

Cruz, A. (2013). *Influencia del pensamiento de Rawls en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. *Revista Saber, ciencia y libertad*. Vol. 8, No. 2. pp. 19-27.

Dalla, A. R. (1997). La justicia constitucional en Argentina. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (1), 35-48.

Durkheim, E. (1990). *Montesquieu y Rousseau. Precursores de la sociología*. Bogotá: Editorial Voluntad.

Dworkin, R. (1992). *El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Dworkin, R. (2015). *Derechos, libertades y jueces*. Sabaneta: Fondo Editorial Unisabaneta.

- Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas* México: Fondo de Cultura Económica.
- Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Esquivel, E. y Chávez, C. (2011). Sociedad civil. La travesía de una idea política. *Apuntes electorales: revista del instituto electoral del Estado de México*, 10(43), 38-41.
- Flórez, C. (2011a). De los orígenes de la sociedad civil. El contrato en Hobbes y Rousseau. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Flórez, D. (2011b). Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle. *Revista de Derecho, Barranquilla*. No. 35, pp. 1-31.
- Fraser, N. (2006). *La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación*. En: Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata, pp. 17-88.
- García, D. (2004). Los tribunales constitucionales en América Latina. Lima: Universidad Católica de Perú. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/12843a.pdf>.
- García, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político* (75), 89-110. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/issue/view/3794>
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.
- Gómez, J. (2018). *La teoría de la sustitución constitucional: Una herramienta política al servicio de las ramas del poder*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gramsci, A. (1981). *Cuadernos de la cárcel*. Edición crítica. México: Era.

- Häberle, P. (2002). La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales. En Häberle, P. *Constitución como Cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- Habermas, J. (2005). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). El Federalista. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G.W.F. (1968). Filosofía del derecho. Prólogo de Carlos Marx. (A. Mendoza, trad.). Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Herrera, S. (2002). En control de constitucionalidad de las leyes en Guatemala. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, pp. 243-256.
- Hobbes, T. (2016). *De cive*. Madrid: Alianza Editorial.
- Homero (1991). *Iliada*. (E. Crespo, trad.). Madrid: Gredos.
- Jaramillo, F. (2016). *Ronald Dworkin y la decisión judicial: Un estudio de caso en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Jiménez, C. (2013). El poder judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt. *Revista Estudios Políticos*. Madrid. (161) pp. 41-67.
- Kelsen, H. (1979). Teoría General del Estado. México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138.4824, núm. 15, Madrid: pp. 249-300.
- Kramer, L. (2011). Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad. Madrid: Marcial Pons.

- Marín, M. (2006). La sociedad civil en el proceso de toma de decisiones. *OPERA*, 6(6), 269-293. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/1445>
- Márquez, S. (2017). Evolución del control constitucional en México. El Derecho Procesal Constitucional y el papel de la Suprema Corte como legislador positivo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martínez, A. (2003). La Gran Depresión, el New Deal y el trabajo social. *Revista Antropología Experimental*. Universidad de Jaén, pp. 357-374.
- Mejía, O. (2005) «La filosofía política de John Rawls: la Teoría de la justicia». En: Botero, J. (Ed.). *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mejía, O. (2012). *El dilema histórico de la decisión judicial. La teoría del derecho de Jürgen Habermas*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales.
- Melkevik, B. (2006). *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mouffe, C. (1999). El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Buenos Aires: Paidós.
- Pons, J. (2012) [En línea]. Brown v. Board of Education of Topeka; 347 U.S. 483 (1954). Comentarios y transcripción. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/node/365028> (consultado el 12 de abril de 2021).
- Rawls, J. (2006). Liberalismo político. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2009). Lecciones sobre la historia de la filosofía política. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2012). La justicia como equidad. Barcelona: Paidós.

- Restrepo, J. «John Rawls: filosofía del derecho y teoría política» En: Botero, A. (Coordinador). (2012). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Rincón, S. (2008). La soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular. *Revista Vniversitas*, 115 (2).
- Rodríguez, C. y Rodríguez D. (2010). Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf
- Rodríguez, C. (2013). Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En Langford, M. (ed.). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado* (pp. 897-916). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2015). Los efectos del activismo judicial sobre los derechos sociales en el Sur Global. Un marco analítico. En *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (pp. 22-25, 39-49). Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf
- Rousseau, D. (2002). La justicia constitucional en Europa. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rousseau, J.J. (1998). El contrato social. Buenos Aires: Losada.
- Ruiz, A. (2008). El sueño de la razón produce monstruos: Placer, dolor y razón en la teoría política de Thomas Hobbes. Medellín: Universidad de Antioquia.

- Saffon, M., García, M. (2011) “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 75-107.
- Santos, B. (2002). El Estado y los modos de reproducción del poder social. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales*, pp. 17-29.
- Sotomayor, M. (2019). El poder constitucional en américa Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región. *OPERA*, (24), 5-26.
<https://doi.org/10.18601/16578651.n24.02>
- Suñé, E. (1998). La sociedad civil en la cultura postcontemporánea. Madrid: Laxes, S.L. Ediciones.
- Uprimny, R. (2008). Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R. y Sánchez, L. (2012) *Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después*, 71 *Cahiers des Amériques Latines* [en ligne]. Disponible en: <http://cal.revues.org/2663>
- Vethencourt, F. (2013). *Contribución a la disputa entre Habermas y Rawls sobre el liberalismo político*. *Revista Episteme NS*, Vol. 33, No. 2, pp. 65-88.
- Vilas, C. (1994). La hora de la sociedad civil. *Revista Análisis político*. Núm. 21, pp. 5-13.
- Vita, L. (2017). ¿Quién debe ser el guardián la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932. *Revista Lecciones y Ensayos*. Núm. 99, pp. 131-166.