

Pueblo vs. jueces

Constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico en Colombia.

Adopción homoparental

Liliana Del Rocío Ojeda Insuasty

Universidad de Caldas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Maestría de Derecho Público

Manizales, Colombia

Agosto, 2022

Pueblo vs. jueces

Constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico en Colombia.

Adopción homoparental

Trabajo presentado como proyecto de grado para optar al título de

Magíster en Derecho Público

Liliana Del Rocío Ojeda Insuasty

Director: Dr. Carlos Agudelo

Universidad de Caldas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Maestría de Derecho Público

Manizales, Colombia

Agosto, 2022

*Para mis hijos Manuel David y Ángela María, y mi esposo
que con paciencia soportaron mi ausencia mientras cumplía
mis sueños.*

Para mis maestros que inspiraron y guiaron con sabiduría este trabajo...

Tabla de contenido

Introducción En búsqueda de una solución para la tensión entre pueblo y jueces desde la perspectiva del constitucionalismo popular	8
Capítulo I	26
1. Constitucionalismo popular	26
1.1. Introducción: la teoría del constitucionalismo popular	26
1.2. ¿Qué es el constitucionalismo popular?	28
1.2.1. Aportes de la academia local	33
1.2.2. Conclusiones.....	36
1.3. Antecedentes históricos y orígenes del constitucionalismo popular	37
1.4. Criterios de reconocimiento	44
1.5. Tipología del constitucionalismo popular	53
1.5.1. Los padres fundadores del constitucionalismo popular.....	59
1.5.2. El constitucionalismo democrático	71
1.5.3. Constitucionalismo popular mediado.....	75
Capítulo II	81
2. El carácter contramayoritario del juez constitucional.....	81
2.1. Introducción: el control constitucional y la supremacía judicial.....	81
2.2. Fundamentos del control constitucional.....	84
2.3. Origen del control constitucional	84
2.4. Justificación del control constitucional	100
2.4.1. Crisis del órgano legislativo	102
2.4.2. El razonamiento judicial y la imparcialidad	109
2.4.3. La protección de los derechos de las minorías desde la perspectiva de John Ely	116
2.4.4. La irrazonabilidad de las mayorías	121

2.5. Argumentos para contradecir la supremacía constitucional.....	124
2.5.1. La teoría de la dificultad contramayoritaria de Bickel desde una perspectiva local .	124
2.5.2. Gargarella: democracia deliberativa	133
Capítulo III.....	146
3. Diálogo entre poderes	146
3.1. Introducción: El diálogo.....	146
3.2. Teorías del diálogo	154
3.2.1. Teorías descriptivas - Caso canadiense	165
3.2.2. Teorías normativas-elitistas del diálogo constitucional.....	176
3.2.3. Formas de institucionalizar el diálogo.....	189
3.2.4. Litigio de interés público caso Argentina.....	197
3.2.5. Reformas institucionales.....	203
Capítulo IV.....	211
4. Activismo y progresismo de la Corte Constitucional en relación a la adopción homoparental. Aproximación a una propuesta de constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico.....	211
4.1. Introducción: Corte Constitucional y Control Constitucional en Colombia	211
4.2. El control constitucional desde la perspectiva de la Corte Constitucional en cuanto a su rol como intérprete de la Constitución.....	213
4.3. Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional en el caso de la adopción homoparental.....	220
4.4. Tensión entre el pueblo y la función constitucional de interpretar la Constitución.....	259
4.4.1. Aproximación a una propuesta de constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico	261
5. Conclusiones	295
Bibliografía	303

Resumen

En este trabajo se hace un análisis de una de las tesis del constitucionalismo que actualmente ha generado mayor controversia, como es, el constitucionalismo popular, esto con el fin de formular una propuesta que permita la compatibilidad entre el control judicial de constitucionalidad y el principio democrático. Para estos efectos, la investigación adopta como punto de partida de las tesis populistas, la indagación sobre sus orígenes y se abordan los principales elementos de la clasificación de las vertientes que lo integran, propuesta por Roberto Niembro, exponiendo a su vez los principales argumentos de cada autor, cuya idea principal es el ataque al control constitucional. Seguidamente, se examina la figura del control constitucional señalando sus fundamentos, el origen del mismo y la justificación de su aplicación, y desde la lectura local del catedrático Carlos Agudelo se abordan los principales elementos de la objeción contramayoritaria. Posteriormente, reconociendo la primacía de la democracia, se aborda la teoría de la democracia deliberativa desde el punto de vista de Roberto Gargarella. Para luego, y acorde con la propuesta a exponer, las principales teorías del diálogo, señalando casos relevantes de prácticas que se dan en diferentes países y que acercan al pueblo a la justicia. Por último, se completa la propuesta con el estudio del control de constitucionalidad desde la perspectiva de la Corte Constitucional Colombiana, para lo cual se realiza una línea jurisprudencial de las sentencias proferidas por dicha corporación con respecto al tema de la adopción homoparental, lo que permite al final del capítulo IV, exponer el modelo dialógico pretendido, adaptando una de las corrientes del constitucionalismo popular, es decir, el constitucionalismo democrático a la realidad colombiana, y de esta manera, presentar como solución, la presencia de un control de constitucionalidad débil donde la interpretación de las normas constitucionales sea el resultado de la colaboración de la

Corte Constitucional como garante de los procesos democráticos y del pueblo que con mayor participación podrá decidir en los asuntos que le afectan.

Introducción

En búsqueda de una solución para la tensión entre pueblo y jueces desde la perspectiva del constitucionalismo popular

En las democracias occidentales es común separar política de derechos. Es así como en el ámbito de la política, el pueblo gobierna de manera suprema decidiendo soberanamente quiénes serán sus representantes y los asuntos que someten a su aprobación, conservando de esta manera un aparente control sobre las decisiones del ejecutivo y el legislativo. También es el pueblo que, por vía de esa misma autoridad suprema, adopta la Constitución, sin que ese poderío se extienda al ámbito del derecho, en cuyo espacio son los jueces quienes dominan la interpretación y aplicación de las decisiones del legislador, correspondiendo al tribunal de cierre, poner término al debate jurídico.

De esta manera, la Constitución Política como catálogo de derechos, por un lado, representa un acuerdo político determinado soberanamente por el pueblo y, por otro, se convierte en norma esencial del sistema jurídico, cuya interpretación es adjudicada a los jueces. En otras palabras, la carta de garantías, creada por el pueblo, es interpretada y aplicada por una pequeña élite, educada en los oficios jurídicos. Al decir de Kramer (2004):

El monopolio judicial sobre la interpretación constitucional hoy se presenta como inexorable e inevitable, como algo que estaba destinado a ser y que nos salvó de nosotros mismos. La voz histórica de la autoridad judicial es privilegiada mientras que la oposición a tendencias de auto-engrandecimiento de la jurisdicción es ignoradas, silenciadas o desprestigiadas. (p. 959)

En este escenario, Cortes y tribunales asumen el papel de lectores constitucionales mejores calificados y especializados, en desmedro de otras lecturas —como aquellas de la administración, el Congreso, y de los ciudadanos—, con lo cual, no solo se garantiza un único intérprete y un fin

para los debates, sino también la consolidación de una institución poderosa que controla las “llaves” de la estructura institucional (Gargarella, 2011). Dicha institución también dirige la democracia, restringe los posibles abusos que puedan presentarse por parte del Estado y asegura los derechos de las minorías políticas frente a las mayorías (Chaux, 2017), sin que encuentre mayor resistencia entre el pueblo al momento de definirse como intérprete final y lector exclusivo de la Constitución. Al respecto, Zurn (2009), refiere que el control judicial de constitucionalidad radica su discurso de justificación y la creación del derecho que utilizan los tribunales constitucionales¹, que suele convertirse, por decisión de los propios tribunales y con el apoyo de un sector de la doctrina, en un discurso cerrado y monológico, en tanto buscan ser los intérpretes supremos².

En síntesis, en una sociedad democrática, la rama de poder con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial, decide las controversias públicas más importantes en última instancia, con lo cual se pone en cuestión algunas de las instituciones básicas del sistema y se deja sin efecto el poder de creación del pueblo. Sobre el tema, Sanín Restrepo (2006) anota:

¹ Desde la teoría del discurso pueden distinguirse entre discursos de justificación y de aplicación o identificación. El primero, corresponde paradigmáticamente al legislador mientras que el segundo a los tribunales. Sin embargo, estos también llevan a cabo discursos de justificación cuando se cuestionan la validez de una norma. Por el contrario, el discurso de aplicación presupone que hay una norma válida y que la tarea sólo es identificarla correctamente, pues ya está ahí. Este discurso va acompañado de la idea de que la norma válida sirve como justificación para satisfacer demandas jurídicas (véase: Kuhli & Günther (2011), págs.: 1261, 1262, 1265, 1266, 1275 y 1276. En este sentido, Zurn (2009), recuerda que uno de las fallas que tuvo Habermas al pensar sobre el control judicial es haber considerado que el tipo de discurso que llevan a cabo los jueces es uno de aplicación, en el que se busca la aplicación imparcial de normas de rango superior ya justificadas. El problema, nos dice Zurn (2009), es que el discurso del control judicial de la ley no es análogo al discurso de los jueces ordinarios, pues las disposiciones constitucionales son abiertas y su interpretación está sujeta a desacuerdos razonables y profundos, por lo que tiene que desarrollarse a través de su interpretación. Es decir, se trata de un discurso de justificación en el cual deben participar todos los afectados, lo que en principio torna ilegítimo al control judicial. Digo en principio, pues como veremos más adelante, bajo un determinado diseño institucional, la justicia constitucional puede estar justificada si sirve para reforzar la democracia deliberativa (véase: Zurn (2009), págs.: 432, 435, 438, 439, 440 y 442).

² En este sentido, Marian Ahumada señala que el riesgo de los sistemas con control judicial de constitucionalidad es la tendencia a equiparar la eficacia normativa de la Constitución con la posibilidad de la aplicación judicial de sus preceptos o, más claramente, la tendencia a identificar como contenido propio de la Constitución lo que no es sino un cuerpo de doctrina derivado de su interpretación por los jueces constitucionales (Ahumada Ruiz, 2005, p. 61).

Pero, incluso, vamos mucho más allá, cuando nos asechan preguntas filosóficas como ¿Por qué en un Estado de Derecho con frenos y contrapesos, ha de ser un juez no electo popularmente quien regule la interpretación de la Constitución? O cuando surgen preguntas enraizadas en la filosofía política, como ¿Creemos realmente que el pueblo es lo suficientemente sabio para darse una Constitución; pero, ¿lo suficientemente obtuso, torpe y disfuncional para interpretarla, como institución final en caso de incertidumbre empírica? Parece que las respuestas a estos interrogantes las encontramos en un sistema histórico y cultural maduro, donde ya han sido resueltos y es una verdad pasmosa que la Corte es la “última palabra” de la interpretación constitucional, donde es claro que “el lugar de la verdad” está encapsulada meticulosamente en sus sentencias. (p. 62)

Lo anterior, solo describe la tensión que el constitucionalismo contemporáneo reconoce: por un lado, constituciones como expresión del pueblo en calidad de constituyente primario; por el otro, problemas interpretativos que surgen a partir de los textos constitucionales resueltos por funcionarios del Estado y no por los ciudadanos directamente. Decisiones como las de penalizar o no el aborto, el derecho al consumo personal de estupefacientes, el derecho al matrimonio homosexual, a la adopción homoparental, el derecho a la eutanasia, a la intervención del Estado en la economía y un largo etcétera, no son tomadas ordinariamente por el “pueblo”, que redactó la carta, sino por un “poder judicial”, quien tiene la “última palabra”, y puede, de manera final, decidir estos debates públicos trascendentales, creando una tensión entre lo que el “pueblo” quiere que diga la Constitución y lo que al final deciden los jueces que diga. De esta forma, los jueces constitucionales³ (Corte Suprema de Justicia o Tribunal Constitucional, Corte Constitucional y demás jueces), imponen su voz sobre los temas de importancia general, con la idea de que son ellos quienes representan el espíritu de la Constitución (Gargarella, 2011). Mientras tanto el

³ En este trabajo entiéndase Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Corte Constitucional.

“pueblo” no es escuchado en la resolución de situaciones que afectan directamente su modo de vida. Colombia no es ajena a esa tensión, resultante de la creación de la Corte Constitucional con la expedición de la Constitución de 1991, de ahí la importancia de analizar este tema en nuestro país.

López Medina (2017), en el texto: *Derecho de los Jueces*, muestra cómo surge el dominio de los jueces en la interpretación del derecho y cuenta que inicia su atadura a finales del siglo XIX, sufre un eclipse prematuro, luego despierta y alumbra solo por un instante en la década de los años treinta del siglo XX. Al término de ese siglo, en Colombia, gracias a la Constitución Política de 1991 y a la acción protagónica de la “Corte Constitucional”, a la cual le fue asignada la tarea de “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, se ha logrado, junto con el accionar de los jueces, la constitucionalización del derecho y la creación de una jurisprudencia que ha decidido casos relevantes para el constitucionalismo colombiano, creando precedentes y prerrogativas, y moldeando el debate jurídico del país. Así, las sentencias de esta super Corte han servido para asentar la supremacía y efectividad de la Constitución en la opinión pública, a tal punto que se configura en un mecanismo eficiente y efectivo para la protección de los derechos, aunque en algunos casos han generado apoyos y contradicciones respecto a temas de importancia para el país. Sin embargo, estas construcciones constitucionales son momentáneas, son interpretaciones del hoy, que constituyen los cimientos sobre los cuales se adoptarán las futuras decisiones constitucionales, razón suficiente para pensar que en una democracia constitucional como la colombiana todas las personas —el pueblo— tienen derecho a interpretar su Constitución, a convencer a otros y a movilizarse, hasta que su opinión sea considerada.

En este sentido, las providencias de la Corte Constitucional no han dejado el espacio constitucional decisorio libre para que el pueblo decida el futuro de la Constitución. Si el pueblo

no puede determinar el futuro de la Constitución, entonces no le pertenece, y el uso de su autoridad soberana se diluye. De ahí, que resulte evidente la tensión —reconocida por el constitucionalismo— en las decisiones adoptadas por la Corte colombiana, entre el pueblo y el juez constitucional cuando estos interpretan la Constitución, y la falta de sintonía entre ciudadanía y lectura constitucional por parte de dicho tribunal, debido a que el pueblo no tiene la oportunidad de participar —hoy lo hace de manera muy débil—, de intervenir y de ser escuchado sobre el tema debatido. Esa falta de participación del pueblo en los debates constitucionales, justificada en ideas de raíz conservadora, conforme a los cuales es innecesario consultar a la ciudadanía para adoptar decisiones correctas; o de origen elitista, que afirman que no todos los individuos están dotados de iguales capacidades y que solo algunos tienen virtudes para tomar decisiones justas; o que las mayorías tienen dificultades para adoptar decisiones razonables, pues suelen dejarse llevar por impulsos y pasiones; no son razones suficientes para que se le niegue el rol que le corresponde en el debate constitucional sin desmedro del papel que juega el juez, quien, en forma pasiva pretende en algunas decisiones despertar de su letargo al Congreso colombiano, para que sean ellos, como representantes electos quienes intervengan en la interpretación de la Constitución, sin mayores resultados. Mientras que en otras ocasiones simplemente ha dominado la disputa y ha decidido sin intervención de la ciudadanía.

Ante la situación planteada, y el evidente desplazamiento de la opinión popular respecto a las interpretaciones constitucionales —monopolizadas por el poder judicial—, que origina la tensión entre jueces y pueblo, este trabajo pretende plantear una posible solución a dicha problemática, para lo cual, se trae al escenario uno de los debates de teoría constitucional más influyentes y atractivos de esta época, como es, el propuesto por el constitucionalismo popular, el cual centra su atención en el rol del pueblo en la discusión y decisión de asuntos constitucionales.

El constitucionalismo popular desarrolla la observación de Rousseau sobre la democracia representativa, según la cual el pueblo era libre al momento de emitir su voto para elegir, para después pasar a ser un esclavo. Así, el constitucionalismo popular reflexiona acerca de hasta dónde llega esa esclavitud en el período que va de una elección a otra, una vez adoptada una Constitución diseñada para regular en forma permanente (Tushnet, 2013, p. 9). De esta manera, el poder constituyente que estableció una Constitución, siempre está disponible para redefinir la estructura y los derechos constitucionales; sin embargo, no lo ejerce regularmente, constituyéndose de esta manera, el ejercicio que propone el constitucionalismo popular en importante, difícil y necesario (Gargarella, 2013a). Importante, porque permite reflexionar sobre la teoría democrática, filosófica, el diseño institucional y la política en Colombia. Difícil, porque se trata de una teoría extranjera, lo que implica que la importación requiera traducir al lenguaje de nuestra comunidad debates que no nacieron de nuestras angustias y necesidades. Necesario, porque, permite plantear problemas jurídicos-políticos de relevancia en este país.

Lo expuesto, permite que en este trabajo se pretenda participar en el debate, acercando la realidad colombiana —con una Corte Constitucional super poderosa—, al ideal de un pueblo activo y protagonista en la adopción de interpretaciones constitucionales, que configuren decisiones finales, y lo liberen de esa opresión. Para lograr este propósito es indispensable, dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Cómo solucionar la tensión existente entre el pueblo y la función del juez constitucional, cuando estos interpretan la Constitución, en el caso de la adopción homoparental en Colombia, desde la perspectiva del constitucionalismo popular?

Con el fin de contestar el interrogante planteado, es necesario que el propósito, el objetivo general de este trabajo, no pueda ser otro que, formular una tesis que solucione esa tensión existente entre el pueblo y la función del juez constitucional cuando estos interpretan la

Constitución en el caso de la adopción homoparental en Colombia desde la perspectiva del constitucionalismo popular. Y para lograr ese macroobjetivo, resulta indispensable concretar una serie de finalidades específicas que permitan a primera vista encontrar la solución al problema planteado. Uno de tales, objetivos específicos se concreta en describir el modelo ideológico del Constitucionalismo Popular a partir de la exposición de las tesis principales mediante criterios de reconocimiento, y verificación de las corrientes que lo conforman con el fin de encontrar aquella que resulte aplicable en el contexto colombiano.

Sin embargo, no basta con lograr el objetivo antes descrito, si se tiene en cuenta que el constitucionalismo popular invita a repensar críticamente sobre algunos aspectos del constitucionalismo europeo de la posguerra, particularmente la supremacía judicial (Niembro, 2013, p. 3), y en especial respecto al papel de los jueces como principales intérpretes de la Constitución, por lo que resulta necesario, como segundo objetivo específico hurgar en las entrañas del control de constitucionalidad la labor del juez mediante una contextualización ideológica de la llamada dificultad contramayoritaria y los argumentos que lo justifican y las verdades que lo sostienen, a fin de hacer deferencia a la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional sustentada por el Tribunal Constitucional en tanto que impone con sus decisiones el sentido de la Constitución al pueblo colombiano.

Como tercer objetivo específico, y una vez se ha reflexionado sobre la figura del control de constitucionalidad, y con la intención de buscar una solución al problema expuesto, es menester determinar entre las corrientes del constitucionalismo popular una tesis que se acomode a un modelo dialógico que permita acercar la justicia constitucional a una propuesta discursiva deliberativa donde la ciudadanía participe en las decisiones constitucionales.

Finalmente, el cuarto propósito de esta trabajo, es establecer cuál es la tensión existente entre el pueblo y la función del juez constitucional de decidir lo que la Constitución permite, a fin de dilucidar cuál es la corriente ideológica a la que se adscriben las decisiones constitucionales, y mediante el desarrollo de una línea jurisprudencial de sentencias proferidas en relación a la adopción homoparental recurriendo a los argumentos que fundamentan las posturas que se inscriben en el constitucionalismo popular, señalar la tradición más prometedora que permita formular una tesis dialógica que solucione la tensión mencionada, identificando los mecanismos que permitan el ejercicio regular de la soberanía popular.

Los objetivos antes expuestos, permiten justificar la realización de esta investigación y demostrar la conveniencia de que en Colombia se proponga no solo por motivos académicos sino de utilidad e importancia para el poder judicial y su relación con el pueblo, el debate actual del constitucionalismo propuesto por catedráticos norteamericanos, como Larry Kramer y Mark Tushnet, que gira en torno a una democracia restringida y el rol que las cortes han jugado en la interpretación de la Constitución Política, lo que ha generado una tensión entre el pueblo que se siente excluido en la discusión de los temas que los afectan y los jueces que interpretan las disposiciones constitucionales y deciden en última e inapelable instancia lo que permite la Constitución.

Lo anterior, debido a que en sus providencias los jueces van más allá de desarrollar una simple lectura de la Carta de Derechos, incluso en algunos casos “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban en el mismo, pues asumen la tarea de “desentrañar” posibles respuestas a los dilemas que se les plantean como si ellas residieran en los intersticios de dicho catálogo. De esta manera, no sólo reemplazan al legislador sino también a la voluntad ciudadana – el pueblo -

en la resolución de cuestiones fundamentales. De esta manera, una minoría decide, en nombre y en lugar del resto de la sociedad.

Luego, si los jueces interpretan los textos constitucionales, son ellos, quienes en última instancia deciden lo que significa la Constitución, que bien podría pensarse, corresponde decidirse democráticamente con la participación de la sociedad civil en tanto se trata de un documento hecho “en nombre del pueblo” cuyo proceso de interpretación debe contar con su participación y deliberación, y tan solo así puede reconocerse como propio a través de la intervención de todos los implicados y comprometidos en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social.

Lo expuesto, se refleja en el reclamo exigido por Diana Durán-Smela:

Pero ¿qué ha pasado hoy con los principios democráticos y el concepto de soberanía popular? ¿Por qué solo unos pocos pueden interpretar a la gente y saber qué le hace bien? ¿Por qué el “pueblo” no puede ser determinado por nosotros/ellos/yo/mismos en vez de necesitar un intérprete de sus necesidades? (Durán- Smela, 2011, p. 175)

En este sentido, se parte de un concepto de democracia reducido a su expresión electoral y del desarrollo creciente y progresivo de la constitucionalización de derechos, que genera el debate relacionado con la interpretación de la Constitución, el cual cobra nueva relevancia, teniendo como origen ese poder extraordinario concedido a los jueces y la exclusión del “pueblo” en la adopción de decisiones, siendo el punto central que se cuestiona, porque pone al descubierto el desacople entre el derecho pregonado por las Cortes y Tribunales constitucionales y la comunidad, que no se ve representada por el mismo, que no se reconoce en el mismo. Este tipo de problemas de disociación existen en América Latina y en forma especial en Colombia donde se cuenta con una

Corte Constitucional que decide, interviene, resuelve disputas e impone su voz sobre los restantes poderes, y que se ha auto proclamado la representante del espíritu de la Constitución.

Bajo el marco propuesto resulta conveniente estudiar el rol del ciudadano colombiano en las decisiones sobre cuestiones constitucionales adoptadas por el Tribunal Supremo Constitucional, pues si bien la Carta de 1991 creó una serie de mecanismos para que el pueblo ostentara el control sobre ciertos aspectos de su obra, como por ejemplo, en lo referente a la creación y modificación de la Constitución; esa autoridad popular se diluye, no existe al momento de la interpretación, pues no hay dispositivos que permitan a las personas participar en dicho acto, en tanto que la última palabra de la interpretación constitucional está en cabeza de un órgano constituido (Kramer, 2004b, p. 217).

En este sentido, no puede perderse de vista, que esa última palabra en la interpretación de la Constitución resulta ser una función más potente que incluso el derecho a la reforma que tiene el pueblo, porque puede dejar sin efecto el poder de creación y de modificación del pueblo, pero no al contrario porque las tesis expuestas en las sentencias proferidas por dicha Corporación serán evaluadas por el mismo órgano que las produjo. En consecuencia, en una democracia, mayor poder se concentra en ser la última instancia en la interpretación de la Carta de Derechos que crearla o modificarla.

Así las cosas, dada la importancia de la interpretación de la Constitución, es necesario repensar en el papel del pueblo y de los jueces en las decisiones constitucionales, para lo cual se trata de traer a este escenario uno de los debates de teoría constitucional más influyentes y atractivos de esta época, cual es el propuesto por el Constitucionalismo Popular, que centra su atención acerca del rol que le corresponde al pueblo en la discusión y decisión de asuntos constitucionales.

En consecuencia, el ejercicio que propone el Constitucionalismo Popular es importante, difícil y necesario. Importante porque permite reflexionar sobre la teoría democrática, filosófica, el diseño institucional y la política en Colombia. Difícil, porque se trata de una teoría extranjera, lo que implica que la importación requiera: traducir al lenguaje de nuestra comunidad, debates que no nacieron de nuestras angustias y necesidades. Necesario, porque, permite plantear problemas jurídicos – políticos de relevancia en este país.

De lo expuesto, se deduce la trascendencia de investigar este tema en Colombia, ya que permitir reflexionar sobre la democracia, el rol del pueblo en la interpretación de la Constitución, la institucionalidad, la necesidad de que el pueblo colombiano participe en forma regular en las deliberaciones constitucionales, incluso sobre su capacidad para adoptar una decisión acorde con la Constitución por encima de los intereses personales, así como la necesidad de acercar la decisión constitucional al debate colectivo mediante la aplicación de mecanismos que fomenten el diálogo.

Acerca del tema propuesto diferentes autores lo han tratado en varias investigaciones siendo lo más reciente o actual en el ámbito Latinoamericano los estudios desarrollados por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro, sin dejar de lado al profesor argentino Roberto Gargarella, quien, en su más reciente libro: *El derecho como una conversación entre iguales*, presenta una visión crítica acerca de la revisión judicial, proponiendo después de analizar las tesis expuestas por el constitucionalismo popular, un juez en un papel autorestringido en casos específicos, en cuestiones sustantivas políticamente en donde debe darse prioridad al debate democrático, donde la comunidad decide sobre sus propios asuntos.

En cambio, para Ana Micaela Alterio, la corriente del constitucionalismo popular: nació como una forma diferente de entender el “constitucionalismo”, centrado en la revisión crítica de la narrativa constitucional norteamericana. Es por ello, que –dice– da cuenta de los distintos actores

que han participado y participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales en Estados Unidos, enfatizando en el papel desarrollado por movimientos populares en la significancia constitucional, por lo cual considera incentiva las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la constitución (Alterio, 2016).

Por su parte, Niembro Ortega, coincide con Alterio en que dicho constitucionalismo es una propuesta norteamericana, sin embargo, agrega que surgió a raíz del activismo conservador del Tribunal Rehnquist, que según los populares llegó a romper con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del *New Deal*. Reparto de trabajo que había sobrevivido a tribunales tan activistas como los de Warren y Burger, que decidieron casos como el de *Cooper v. Aaron* y *Katezenbach v. Morgan* (Niembro, 2013. pp. 3- 4).

De otra parte, fuera de Latinoamérica actualmente, autores como Erwin Chemerinsky en la Conferencia en Memoria de David C. Baum de la serie Libertades Civiles y Derechos Civiles en la Facultad de Derecho de la Universidad de Illinois, consideraron que, desde la década de 1920, fueron los progresistas quienes atacaron las razones que justifican el control de constitucionalidad, dando espacio y justificaciones a sus opositores, quienes han puesto de moda el movimiento del “constitucionalismo popular”. Así mismo, pregonó que estos llamados “progresistas” hicieron su ataque en el apogeo de la era *Lochner* (1890-1940), y con mayor énfasis en las décadas de 1920 y 1930 cuando Tribunales como Taft y Hughes invalidaban reiteradamente la legislación progresista (Chemerinsky, 2011). Recordó que, uno de esos progresistas liberales fue Felix Frankfurter, quien escribió artículos en *The New Republic*, en los cuales se criticaba el control de constitucionalidad por usurpar el lugar del proceso democrático de decisión (Frankfurter, 2000, p. 19). También, Chemerinsky, añadió que durante las décadas de 1950 y 1960, el Tribunal Warren cambió el panorama político con respecto a los debates sobre el control de constitucional, ya que los jueces

conservadores se convirtieron en los nuevos críticos de dicho control siendo el argumento frecuente la naturaleza no democrática de los tribunales que invalidaban las opciones escogidas por los órganos legislativos de elección popular (Berguer, 1977), lo que permitió que en la década de 1970 y 1980 se gestara una gran producción académica que debatió como tema principal, el papel apropiado del control constitucional en una sociedad democrática. Mientras, los conservadores reclamaban un papel limitado de los jueces y criticaban decisiones que protegían derechos no contemplados en la Constitución, y los progresistas continuaban defendiendo el Tribunal Warren. Finalmente, este autor, muestra como la retórica judicial conservadora sigue siendo contraria al activismo judicial liberal (McGinnis, 2003, p. 24), al igual que algunos progresistas que están en contra de los tribunales

Para complementar la argumentación histórica propuesta por Chemerinsky es indispensable referirse a una de las tesis de más resonancia en la academia estadounidense, y uno de los principales precursores o fundadores del constitucionalismo popular, como es la Larry Kramer quien cuenta la historia de una manera distinta, y muestra como en los inicios de la historia constitucional norteamericana ha existido una tendencia populista a través de la cual es el pueblo, las masa, quien tiene la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, originando oposición a la supremacía judicial. Para Kramer en la época de formación del gobierno republicano, con posterioridad a la independencia, la gente del común aceptaba la revisión judicial de la legislación, pero no aceptaba que los jueces tuvieran la última palabra sobre el significado de la Constitución.

Para desarrollar su propuesta Kramer hace un recuento histórico y menciona algunos hechos que permitieron reafirmar su pensamiento en relación con la participación del pueblo en el significado de la Constitución, por ejemplo, narra los acontecimientos ocurridos en 1795, después

de la firma del Jay Treaty con el cual se pactó la paz con Inglaterra y se establecieron acuerdos comerciales, resaltando la multitud congregada en New York para protestar contra el acuerdo que finalmente se rompió en 1803. Este y otros patrones, permiten mostrar al autor, la tensión existente entre el discurso populista sobre la interpretación constitucional, y aquél por el cual solo los más virtuosos, esto es, los jueces son los que deben tener la última palabra en asuntos constitucionales.

En este recorrido, Kramer advierte que, si bien las tendencias antipopulistas y populistas se encuentran presentes en la formación del derecho constitucional estadounidense, es a partir de los años sesenta que la corriente virtuosa empezó su consolidación (Kramer, 2004a, p. 221). Bajo esta perspectiva los jueces son considerados como personas con una mejor capacidad para interpretar. Dicha idea tiene su apogeo en el siglo XX especialmente después de la decisión del caso Brown, quienes la defendían encontraban una ventaja en la aproximación del juez constitucional, porque el fallo no era producto de razones políticas sino de un grupo de jueces que había encontrado el significado correcto de la Constitución (Dworkin, 1978).

Concluye, el catedrático que, en el siglo XXI, el mundo se divide en dos terrenos: el ámbito de la política y del derecho. En la política, el pueblo gobierna. Pero no lo hace en el derecho. El derecho queda al margen para la elite entrenada de jueces y abogados cuya tarea profesional es implementar las decisiones formales producidas en y por la política. Y como derecho la Constitución queda reservada para dicha elite para que la maneje. Finaliza, señalando que esta comprensión moderna no refleja ni la concepción original del constitucionalismo ni su desenvolvimiento durante la mayor parte de la historia americana (Kramer, 2004b, p. 20).

Una vez relacionados algunos de los autores que abordaron el tema de investigación, para lograr los objetivos trazados se abordarán cuatro capítulos, cuyo alcance y resultados serán los que a continuación se describen. El primero, centrará su atención en exponer el modelo ideológico del

constitucionalismo popular a partir de la descripción conceptual que hacen diferentes autores, para luego buscar su origen en antecedentes históricos y establecer criterios de reconocimiento a fin de determinar los elementos definitorios que conduzcan a la exposición de las tesis principales, con el objeto de verificar si lo pretendido por esta corriente es la respuesta al interrogante planteado. El desarrollo de este capítulo descriptivo no solo permite identificar esta corriente en cuanto a sus elementos principales o cualidades, sino pensar en el papel jugado por la ciudadanía en la historia constitucional y el rol de los jueces constitucionales ante el querer del pueblo, el cual no se ve representado por el poder judicial, ni se reconoce en el mismo.

En el segundo capítulo, para tratar de comprender el camino hacia la solución del problema que preocupa, se presenta una breve reseña del origen del control constitucional, al cual se oponen las tesis del constitucionalismo popular, y en este contexto, en pro de la defensa de la supremacía judicial, abordar el análisis de las justificaciones a dicho control, desde la perspectiva de la crisis del legislativo, el razonamiento judicial y la imparcialidad, la protección de los derechos de las minorías —enfazando en los juicios emitidos por Ely—, y la irrazonabilidad de las mayorías, con fundamento en la crítica al constitucionalismo popular que de su estudio se deriva. Este capítulo finaliza con la exposición de los argumentos en contra de la supremacía judicial a partir de una breve reseña de los elementos principales de la tesis denominada: “dificultad contramayoritaria”, propuesta por Alexander Bickel, analizada desde una perspectiva local a partir del catedrático Carlos Agudelo, sumados a los razonamientos críticos presentados por Gargarella con relación a la tesis que presenta respecto de la democracia deliberativa. Desde este análisis, resulta pertinente la evaluación de los postulados de las tesis expuestas, y la necesidad de concluir la factibilidad de adoptar, para el caso colombiano, una de aquellas señaladas por el constitucionalismo popular, donde convivan el control judicial de constitucionalidad y la posibilidad real para los ciudadanos

de intervenir en las decisiones que los afectan, a través de la adopción de un modelo dialógico, explicada en el siguiente capítulo.

En el tercer capítulo, la propuesta gira en torno a un modelo dialógico, en el cual, la conformación de la interpretación constitucional se define a través de un *ongoing discussion* en el que participa el pueblo, para lo cual se repasan los lineamientos de las teorías descriptivas y normativas del diálogo. Entre las descriptivas se encuentra la teoría canadiense originada en la cláusula 33 de la Carta canadiense de derechos y libertades; y entre las teorías normativas, predominan las elitistas. Para el caso, se hará referencia a las teorías del diálogo judicial, por tener figuración transcendental en la solución al interrogante al cual se pretende dar una respuesta en este trabajo. Así mismo, este capítulo comprende la descripción de algunas formas de institucionalización del diálogo constitucional, como es el caso del litigio de interés público, y las reformas institucionales. De esta manera, lo pretendido es analizar cada una de las teorías dialógicas descritas, a fin de que la adscripción a una o varias de ellas, permita que los tribunales constitucionales puedan convertirse en sedes de diálogo constitucional, generando el acercamiento con el pueblo para la adopción de decisiones.

Finalmente, en el cuarto capítulo se reflexiona acerca del activismo de la Corte Constitucional colombiana, centrando la atención en el ejercicio del control constitucional desde la perspectiva de ese Alto Tribunal mediante el análisis en concreto de las sentencias proferidas en relación con la adopción homoparental, y con fundamento en dichos presupuestos, dar solución a la tensión existente entre el pueblo y la función del juez constitucional cuando estos interpretan la Constitución, adoptando a la realidad colombiana la propuesta de un constitucionalismo popular democrático, con la finalidad de que se pueda dar el ejercicio regular de la soberanía popular y el poder constituyente, y se logre ejercer de manera más o menos regular, sin necesidad de contar

con el espasmódico compromiso de los momentos constitucionales extraordinarios, que descansan en la creación de asambleas constitucionales formales, referendos y otros más, lo cual se puede llevar a cabo si se adopta una propuesta de un modelo dialógico, que piense en la justicia constitucional como sede interlocutoria, promotora y garante de deliberaciones.

En relación con la metodología utilizada, este trabajo fue creado desde un ámbito teórico, ya que se parte de teorías cimentadas por diversos autores, para lo cual resultó apropiado dar aplicación al método de análisis crítico bibliográfico, toda vez que se acudió a fuentes bibliográficas que permitieron fundamentar el objeto de la investigación y a partir de su análisis y estudio, presentar una propuesta.

En este caso se trata de un trabajo enfocado a una investigación de tipo jurídico, pues se trata de conocer la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina específicamente en el caso de la adopción homoparental en Colombia, combinada con una investigación ius filosófica, que determina la naturaleza del derecho y su relación con las teorías. También contiene un ingrediente de investigación ius política debido a la relación entre derecho y Estado y el poder político, teniendo en cuenta la pretensión de analizar el papel del pueblo en la adopción de decisiones constitucionales que afecten el diario vivir y la tensión que se evidencia cuando la Corte Constitucional interpreta la Constitución sin tener en cuenta la opinión de las personas, de la comunidad afectada, imponiendo lineamientos que modifican el discurrir de la sociedad.

Una vez se ha hecho referencia a las clases de investigación en las cuales se enmarca este proyecto de tesis, es necesario señalar cual es el procedimiento de investigación, el camino que lleva al conocimiento, esto es, el método. En el presente trabajo dentro de la clasificación de los métodos, se tiene que el capítulo 1 relacionado con la explicación de las tesis de la corriente del Constitucionalismo Popular y sus criterios de reconocimiento se enmarca por los presupuestos que

ostentan los denominados “teóricos” en especial el denominado “histórico” debido a que se trata de conocer el origen y evolución de una teoría a fin de determinar que busca y porqué de su rechazo de la supremacía constitucional.

Respecto al segundo capítulo de esta investigación se tiene que en ella es prudente la aplicación de un método “analítico”, pues se debe establecer el carácter contramayoritario del juez constitucional, fenómeno complejo que requiere descomponerlo en los elementos más simples para conocerlo, reflexionando respecto a los argumentos que lo justifican como sobre aquellos que lo rechazan.

Para luego en el capítulo tercero ante el problema planteado en esta investigación adoptar una tesis general para todos los asuntos de esta clase que señale soluciones factibles para la intervención de la gente en los debates, es por ello que se recurre a la teoría del diálogo y a buscar los mecanismos para la existencia de una regularidad en la intervención del pueblo en las decisiones constitucionales, lo que lleva a una investigación analítica. Y luego, en el capítulo cuarto por medio del análisis de los argumentos en favor y en contra del control constitucional en la academia colombiana determinar la teoría a la cual se adscribe la Corte Constitucional en las sentencias relacionadas con la “adopción homoparental” a través de un método “inductivo” que permite partir de hechos singulares y pasar a proposiciones generales para llegar a un conocimiento general, para una vez revisadas las normas, jurisprudencia y doctrina al respecto, con fundamento en las teorías que se proponen como objeto de estudio, específicamente en lo referente al “constitucionalismo popular”, identificar una fórmula que permita dirimir la tensión existente entre el “pueblo” y los jueces constitucionales cuando estos deciden lo que permite la Constitución, y únicamente de esta manera, proponer mecanismos de decisorios con intervención del pueblo.

Capítulo I

1. Constitucionalismo popular

1.1. Introducción: la teoría del constitucionalismo popular

Para tratar de comprender la tensión entre pueblo⁴ y jueces al interpretar la Constitución, es necesario entender que el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento que encuentra sus bases en la tesis expuesta por uno de sus fundadores, el catedrático Larry Kramer, quien, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, consideró que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Carta de derechos, es el pueblo y que, por ende, debe devolverse ese poder para que lo ejerza (Kramer, 2004b). Sin embargo, es oportuno precisar que, para el desarrollo de este trabajo, lo que interesa no es el fundamento

⁴ En este trabajo de investigación no se abordará en forma amplia la noción de “pueblo”, categoría que, si bien forma parte del título, su estudio traspasa los límites del análisis que se pretende mostrar, ya que problematizarlo en el modo en que habitualmente el pueblo y/o popular es comprendido en el ámbito del derecho, del derecho constitucional y la ciencia política concierne a otra clase de indagación extensa y profunda que amerita un examen independiente. Lo anterior, no quiere decir que, se deje pasar por alto, la comprensión de la significancia de la palabra “pueblo” para los constitucionalistas populares, advirtiendo que, la pregunta y la gran crítica de los detractores de esta tesis, asumen que los populistas no tienen una idea clara y homogénea respecto a la definición de “pueblo” (Álvarez, 2013, p. 76). En este sentido sobre la obra de Kramer y de los populistas se plantean varios interrogantes: “cuando utilizan el término pueblo ¿lo hacen como una metáfora? o es que ¿realmente consideran al pueblo como una unidad orgánica? (Alexander & Solum, 2004 p. 1607). Así, para Alexander y Solum el pueblo no puede actuar como un todo orgánico, sino que lo hace a través de las acciones de los individuos que lo componen, por eso consideran que si la apelación de Kramer al pueblo era una metáfora debió decirlo, y si no era así, estaba equivocado y confundido (Alexander & Solum, 2004 p. 1607). Para Niembro cuando Kramer habla de “*we the people*” se refiere a una forma constitucional, con la cual quiere decir que todos podemos participar en la deliberación constitucional, lo que implica rechazar que puedan establecerse fronteras a quienes conformamos el “*we*” (Niembro, 2013, p. 23). Continúa Niembro, diciendo que, al referirse al pueblo como actor constitucional lo que busca es que todos nos sintamos con el derecho a interpretar la Constitución y promover la participación de la sociedad civil (Niembro, 2013, p. 23), es decir, incentiva una cultura pública ágil, móvil y aun nerviosa acostumbrada al ejercicio de las libertades (Habermas, 2008). Sin embargo, Luciana Álvarez, precisa que, cuando Larry Kramer refiere a “pueblo” está pensando “en ese cuerpo colectivo con capacidad para expresarse como unidad, y que a través de dicha capacidad pretende disputar la autoridad interpretativa de la constitución a los jueces de la Corte Suprema” (Kramer, 2005, p. 1344). Por su parte, Tushnet identifica al “pueblo” con un cuerpo colectivo que en determinados momentos históricos se manifiesta tanto a través de formas alternativas de expresión política (protestas, manifestaciones) o a través de las vías convencionales como partidos políticos y sus líderes (Tushnet, 2006, pp. 994-995). De las consideraciones planteadas, me quedo con la noción de “pueblo” que permite a los constitucionalistas populares darle el carácter de actor constitucional y político en su rol de ultimo interprete constitucional, y será bajo esta concepción que girara el entendimiento de dicha palabra a lo largo de esta investigación.

histórico del constitucionalismo popular —aunque es necesario citar sus antecedentes para intentar establecer su origen—, sino su postulado, según el cual, el pueblo debe ser el intérprete de la Constitución, y es por lo que se dejará de lado la idea de función constitucional del pueblo norteamericano en la construcción y desarrollo del orden constitucional, para concentrar la atención únicamente en el aspecto relacionado con el ejercicio de la interpretación de la Constitución por parte del pueblo soberano, y el rol que puede o debe jugar de manera directa frente al poder de interpretación de los tribunales constitucionales.

Así, para efectos de utilizar el constitucionalismo popular como punto de referencia, con el objeto de realizar un análisis de la relación que en materia de interpretación constitucional sostiene el pueblo y los tribunales constitucionales, en este capítulo en forma descriptiva, en primer lugar, se intentará hacer una aproximación al concepto de constitucionalismo popular a través de la mirada de varios autores, entre los que se cuenta la academia local, tratando de encontrar presupuestos comunes que permitan finalizar determinando los presupuestos definitorios. Para luego, acercarse al origen, al nacimiento de dicha tesis, y así, entrar en el contexto histórico, con el objeto de verificar la factibilidad de aplicación de la teoría del constitucionalismo popular en el entorno colombiano. En el segundo punto, se determinarán los criterios de reconocimiento que permitan construir la estructura de la tesis popular y que constituyen los cimientos para su aplicación. Finalmente, en un tercer punto, se expondrán las diferentes corrientes que conforman el constitucionalismo popular, teniendo en cuenta la clasificación que de las mismas hace Roberto Niembro (2013), lo que permitirá concluir, cuál es la corriente de esta clase de constitucionalismo a la que debe adscribirse esta investigación, para dar respuesta al interrogante planteado que permita solucionar la tensión entre pueblo y jueces.

1.2. ¿Qué es el constitucionalismo popular?

En este punto, se hará una aproximación al concepto de constitucionalismo popular. Para ello, se analizarán las diferentes propuestas que diversos autores, como Tushnet, Kramer y otros, en el ámbito local Jácome, Rincón y Jiménez, y en el Latinoamericano Alterio y Gargarella, quienes han planteado lo que debe entenderse por constitucionalismo popular, con el fin de determinar sus elementos definatorios y presupuestos que permitan llegar a un posible consenso respecto a los componentes que conforman esta teoría y que son lugares comunes en dichas tesis. Todo lo anterior, con el propósito de establecer referencias desde las cuales explicar la tensión que surge entre pueblo y jueces, particularmente en el ejercicio de la interpretación de la Constitución desde la perspectiva de este novísimo constitucionalismo.

Para iniciar, se tiene que el constitucionalismo popular es una de las teorías constitucionales norteamericanas que más fuerza ha cobrado en los últimos años, pero que ha sido poco explorada en el entorno local. Esta tesis se constituye en una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en los Estados Unidos y pone en cuestión el papel de los jueces como intérpretes constitucionales, además que reivindica el rol del pueblo en dicho papel, en especial, de los movimientos sociales como intérpretes constitucionales (Niembro, 2013). En términos generales, la tesis populista se opone a la supremacía judicial y a la posición elitista de los jueces (Tushnet, 2003), siendo el punto clave la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo⁵.

⁵ Según la descripción de Balkin (1994), el populismo promueve y defiende los intereses y posturas de los ciudadanos comunes, lo conlleva una preferencia por la alternancia regular de las posiciones de autoridad y poder, y una inclinación por la participación popular en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida diaria. Además, exige que la ciudadanía tenga una voz en las decisiones que los afectan, por lo que promueve y facilita su participación. Para el populismo, las elites y su reclamo de pericia y entendimiento superior son sospechosas. Un pueblo activo no es algo a lo que haya que tenerle miedo y deba ser limitado, pues la vida misma de la democracia.

A su vez, Mark Tushnet en relación con el constitucionalismo popular, manifiesta que es una tesis pretenciosa, que busca desarrollar la observación de Rousseau sobre la democracia representativa, según la cual el pueblo de Gran Bretaña era libre al momento de emitir su voto para elegir al Parlamento, para después pasar a ser esclavo (Rousseau, s.f.). De esta manera, Tushnet en su condición de cofundador, resalta que el constitucionalismo popular se pregunta hasta dónde llega esa esclavitud en el período que va de una elección a otra, una vez que se adopta una Constitución, teniendo siempre en forma disponible al poder constituyente para definir la estructura y los derechos, pero sin un ejercicio regular del mismo (Tushnet, 2013). Para Tushnet, tal como se ha desarrollado en Estados Unidos, esta corriente es un ejercicio a-teorético basado en estudios históricos y alusiones a sus posibilidades (Tushnet, 2013), que tiende a teorizarse en cuanto más profundo sean sus estudios, permitiendo su construcción sobre diferentes tradiciones jurídicas, entre ellas, las latinoamericanas, donde el hecho de pensar que la soberanía popular prevalezca sobre las decisiones de los tribunales constitucionales constituye una utopía.

Autores como Larry Kramer, quien pone en evidencia las profundas bases históricas que mantiene esta tesis, consideran que el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, se puede deducir que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Constitución es el pueblo, y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle dicho poder para que lo ejerza de forma soberana, siendo evidente que el postulado de esta teoría gira en torno a que es el pueblo el intérprete natural de la Constitución.

El ciudadano común no es un mero receptor de los mensajes de la televisión, la propaganda o de la cultura de masas (pp. 1944-1981).

Y si bien, podría pensarse con la referencia dada por Kramer que el constitucionalismo popular se convirtió en una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en los Estados Unidos, lo cierto es que la tesis expuesta sirve para el propósito discursivo de esta investigación, que pretende introducir en Latinoamérica y en especial, en Colombia esta forma de pensamiento particular, cuyo planteamiento se concreta en poner en cuestión el papel de los jueces como intérpretes constitucionales y reivindicar el rol del “pueblo” en dicho carácter.

Sin embargo, se debe advertir que, conforme al dicho de los críticos de esta corriente, no hay una definición precisa de lo qué es el constitucionalismo popular, pues mientras algunos autores abogan por la eliminación del control judicial, otros exigen mayor deferencia hacia las otras ramas del gobierno, y otros combaten la supremacía interpretativa (Chemerinsky, 2004). Es por ello, que en este punto se intentará con fundamento en los planteamientos esbozados por distintos autores, llegar a una conclusión que permita, por lo menos, establecer los presupuestos definitorios del constitucionalismo popular.

No sin antes, exponer lo dicho por Pablo Ernesto Medrano Moreno, quien señala al constitucionalismo popular como la reacción a la supremacía judicial, y menciona que los seguidores de esta corriente buscan una intervención mayor de los ciudadanos en la toma de las decisiones, para esto promueven los espacios de participación directa del pueblo, como los referendos, consultas populares, entre otras, lo cual demuestra cierta desconfianza hacia las decisiones adoptadas por medio de la representación política (Medrano, 2012).

De otra parte, el profesor de la Universidad de California (Irvine) Chemerinsky (2011), en un artículo bastante crítico sobre esta corriente señala:

En primer lugar, los partidarios del constitucionalismo populista defienden la idea de que el control de constitucionalidad no es muy importante en la práctica para la sociedad. Invocan muchas veces

el libro de Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope*¹⁷, que defiende que el control de constitucionalidad únicamente tiene efectos mínimos a la hora de cambiar la sociedad [...]. En segundo lugar, los constitucionalistas populistas sostienen que el control de constitucionalidad es innecesario. Argumentan que se puede confiar en que los procesos mayoritarios respetarán la Constitución [...]. En tercer lugar, los constitucionalistas populistas critican el control de constitucionalidad por ser indeseable. Exaltan la regla de las mayorías y argumentan que el control de constitucionalidad reemplaza las elecciones de las mayorías por decisiones tomadas por jueces no electos [...]. (p. 68)

Otros autores como Pedro Miguel Mancha (2009), definen al constitucionalismo popular como aquella corriente dentro del pensamiento constitucional estadounidense que propugna devolver al pueblo la potestad última de elaborar, interpretar y ejecutar la Constitución. De modo similar, Alexander & Solum (2004) lo definen:

El constitucionalismo popular es la teoría según la cual la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad del pueblo, que es el intérprete de la misma y el que la sostiene so pena de aplicarla por vía popular. (p. 1602)

En el ámbito Latinoamericano, el académico Roberto Gargarella plantea que esta clase de constitucionalismo propone un debate relacionado con el papel del “pueblo” en la discusión y decisión de asuntos constitucionales de mayor relevancia en la comunidad. Es una invitación a pensar sobre el rol jugado por los ciudadanos en la creación de la historia constitucional, es una convocatoria a reflexionar sobre la dificultad contramayoritaria, a discernir quién debe quedarse con la última palabra en asuntos de interés público y a debatir sobre las relaciones entre los poderes políticos y el poder judicial, o sobre el papel que debe tener la ciudadanía en el control de los asuntos que le interesan (Gargarella, 2013a).

Este autor argentino también indica que el debate que esta corriente ha generado, no está circunscrito a criticar a la supremacía judicial; es decir, al carácter supremo de los tribunales como

intérpretes de la Constitución, sino que tiene una agenda más amplia. Una agenda que llama a que todos participen en la configuración del derecho constitucional a través de acciones políticas; así como, otorga un papel central a la sociedad civil en la interpretación de la Constitución, desacraliza las visiones dominantes sobre el impacto de las decisiones de los tribunales, muestra la forma como la sociedad influye, reconstruye y a veces, socava el valor de las decisiones judiciales; impulsa una mayor participación en las estructuras políticas y económicas, y defiende una mirada diseccionada del control de la constitución según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras (Gargarella y Niembro, 2016).

De igual manera, Alterio (2016), propone al constitucionalismo popular como una corriente constitucional contemporánea, pero no como una “nueva” tendencia en el sentido de adaptación de la academia a nuevas constituciones o prácticas, sino más bien como una revisión crítica a la historia del constitucionalismo norteamericano, que reivindica el papel del pueblo en la interpretación constitucional (p. 158). Esta misma autora citando a Tushnet, divide a esta corriente en dos aspectos: uno “descriptivo” y otro “normativo”, el primero, da cuenta de los distintos actores que han participado y participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales en EE. UU, enfatizando el papel que —en el desarrollo constitucional— han jugado las visiones populares, mientras que el segundo, insta a que los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales, jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente los *justices* de la Corte Suprema, en la construcción de los entendimientos constitucionales (Tushnet, 2013).

Con esta lógica, pregona Alterio (2016) que:

El constitucionalismo popular considera valioso e incentiva las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la constitución. De allí que por más que el constitucionalismo popular

dé cuenta de la interpretación constitucional y del papel de las cortes supremas, legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales, etc...; le interesan especialmente los últimos, es decir, aquellos intérpretes que, organizados o no, manifiestan sus entendimientos constitucionales desde la sociedad civil, sin tener cuotas formales de poder, ni un líder que pretenda adquirirlas, sino en tanto manifestaciones populares bottom-top. (p.158)

1.2.1. Aportes de la academia local

En la “*academia colombiana*”, el profesor de la Universidad de los Andes, Jorge González Jácome, considera que el constitucionalismo popular se presenta debido a la tensión que atraviesa el constitucionalismo contemporáneo: por un lado, constituciones como expresiones de un pueblo en su papel de constituyente primario; y por el otro, interpretación de los textos constitucionales por funcionarios del Estado y no por los ciudadanos. Pregonara González Jácome (2011), que la tensión aludida ha sido tratada de resolver por algunos constitucionalistas estadounidenses, otorgándole mayor poder al pueblo en las discusiones sobre el significado y alcance de la Constitución, constituyéndose esta tendencia en la tesis populista, cuyos representantes persiguen: poner de manifiesto los distintos mecanismos utilizados en los discursos convencionales del derecho constitucional para quitarle el poder al pueblo y criticar el control constitucional en manos de los jueces, proponiendo en su lugar el fortalecimiento de los mecanismos directos de participación popular y de las corporaciones elegidas popularmente (González Jácome, 2011).

Así mismo precisa este catedrático egresado la Universidad Javeriana en el mismo texto que, el constitucionalismo popular considera como objetivo fundamental del derecho constitucional, mejorar las condiciones para el gobierno de las mayorías y así cumplir con las promesas de la soberanía popular (González Jácome, 2011), llegando a plantear que esta corriente, en sus versiones más extremas, centra su atención en el postulado, según el cual, es necesario el

desarrollo de un buen proceso democrático a fin de que las mayorías tengan las suficientes garantías para participar activamente en la política y en la determinación de las decisiones constitucionales que hoy están en manos de los jueces (Tushnet, 2000). Y concluye el académico González, que esta clase de constitucionalismo hace énfasis en la manera como los ciudadanos comunes y corrientes pueden participar en la política, intentando involucrar a todos los miembros de la comunidad en las discusiones constitucionales para que sean ellos quienes tomen las decisiones sobre el tipo de gobierno que quieren y el alcance de sus derechos (González Jácome, 2011).

De otra parte, algunos autores toman el riesgo de definir el constitucionalismo popular, tal es el caso de Javier G. Rincón Salcedo (2008) cuando dice que es

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

(...) cuando la Constitución es violada, el pueblo protege y hace cumplir la Constitución, ya sea votando contra dichas violaciones o ya sea levantándose de facto contra ellas. Cuando la Constitución es ambigua, el pueblo se encarga de resolver dicha ambigüedad deliberando y articulando el significado que su propia disposición constitucional tiene, porque fueron ellos quienes la elaboraron. Siendo las interpretaciones populares fruto de estas deliberaciones de obligatoria imposición sobre las tres ramas del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Y finalmente, si el pueblo no está contento con su Constitución o con alguna de sus disposiciones, de manera directa pueden elaborar una nueva, reformar la vigente, suspender su aplicación, o simplemente ignorarla. (pp. 124-125)

En el mismo texto, sostiene que el constitucionalismo popular es la conjunción de una serie de proposiciones, que relaciona así: i) El pueblo mismo hace la Constitución; ii) El pueblo mismo hace cumplir la Constitución; iii) El pueblo mismo interpreta la Constitución; iv) Las interpretaciones constitucionales del pueblo son obligatorias; y v) La autoridad interpretativa constitucional del pueblo es inapelable respetando las instituciones gubernamentales. Como corolario de lo expuesto, el autor señala: “La autoridad interpretativa de las instituciones estatales, incluyendo las cortes, está subordinada y sujeta a revisión por parte del pueblo. Las decisiones constitucionales tomadas por el pueblo se superponen al texto mismo de la Constitución” (Rincón-Salcedo, 2008, p. 125).

Con la misma pretensión de definición, el catedrático de la Universidad de Caldas, Milton César Jiménez Ramírez en su libro “El constitucionalismo procesal débil”, al reflexionar sobre la presencia del constitucionalismo popular en el Derecho constitucional, no solo advierte que esta tesis incorpora la idea de la relevancia de la legitimidad popular en las decisiones públicas, sino también de que no debe olvidarse que la soberanía radica en el pueblo, siendo finalmente la Constitución un documento público dotado de significancia para sus propietarios. Bajo estas consideraciones, dice lo que es el constitucionalismo popular:

El constitucionalismo popular es una respuesta frontal a la supremacía judicial, al elitismo o aristocracia judicial; al desplazamiento del soberano y a la desconfianza creciente en la capacidad decisional de las personas. En su lugar postula la abolición del control judicial de constitucionalidad y el ejercicio directo del poder democrático radicado en cada ciudadano. Aunque también existen tendencias que modulan esta intención, como las que sin desconocer el bagaje judicial en el aparato estatal pretende dotarlo de mayor legitimidad, bien que los jueces consulten la opinión pública o

las intenciones, discursos y propuestas de los movimientos sociales. Toda en favor de una deferencia hacia la ciudadanía. (Jiménez, 2021, pp. 173-174)

1.2.2. Conclusiones

Del estudio y análisis de los escritos de los autores citados, se logra concluir que el constitucionalismo popular es una corriente del constitucionalismo contemporáneo, cuyo postulado se concreta en la frase: “el pueblo debe ser el intérprete y guardián de la Constitución”. Siendo el pueblo, quien no solo bajo el manto de su poder soberano permite el nacimiento de la Constitución, sino que la ejerce y la hace cumplir. Y de esta manera, el constitucionalismo populista, permite pensar en la idea de una Constitución adaptable a las nuevas realidades de una sociedad no totalitaria, ni comprensiva de todo, ni incluyente de todo, con margen para que el soberano primario se pronuncie sobre aquellos aspectos que lo afectan en su diario vivir. Esta corriente también cuestiona que sean los jueces los únicos y exclusivos intérpretes de la Constitución Política, por lo que reivindica el papel del pueblo en la interpretación constitucional.

Además presenta un contenido anti elitista que trasciende y pone en cuestión que los jueces deban tener la última palabra en las controversias sobre derechos fundamentales, con lo que demuestra su oposición a la idea de supremacía constitucional por parte de la rama judicial, asimismo “desconfía y no cree en la supremacía dada a los tribunales constitucionales para hacer las interpretaciones a la Constitución” (Smela, 2011), e insta a que haya una interpretación no gubernamental de la Constitución y que de hecho, esta sea la interpretación autoritativa final — ante teorías de tipo departamentalistas—, es decir, una interpretación extragubernamental de la Carta de derechos, pero también establece un rol o papel determinado a las Cortes Supremas, incluso a las legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales y demás organizaciones en cuanto a la interpretación constitucional. Con dicha lógica, esta tesis incentiva

las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la Constitución, y que organizadas o no, manifiestan estos entendimientos desde la óptica de la sociedad civil, fuera del contexto político y de poder, y que representan lo que considera el pueblo que deben decir los postulados constitucionales. Asimismo, desafía la supremacía judicial en ciertos casos, impugnando cualquier forma de control judicial de constitucionalidad, e intenta una democratización y participación del pueblo en las instituciones políticas y económicas (Gargarella 2006b), para luego pretender recuperar la relación entre derecho y política (Tushnet, 2006).

En consecuencia, el constitucionalismo popular determina que dicha supremacía debe estar en el pueblo como último interprete de la Constitución, creyendo que “el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la Constitución en última instancia...”(Rincón, 2008); por consiguiente este pensamiento busca “devolver al pueblo la potestad última de elaborar, interpretar y ejecutar la Constitución”, pues tiene “como idea central que la Constitución pertenece al pueblo y no a los jueces”(Romero, 2009). En este sentido, la citada doctrina establece dicha supremacía en el pueblo, y hace inevitable suponer que “los gobernantes son los regulados y no los reguladores” (Muñoz, 2012), debido a que “la obligación de todo gobernante es realizar su actividad sin olvidarse de la opinión pública, ya que esta tiene el poder de revocar dichas actuaciones” (Rincón, 2008).

1.3. Antecedentes históricos y orígenes del constitucionalismo popular

Para contextualizar el origen del constitucionalismo popular es necesario señalar que, autores como Gargarella sitúan la aparición de esta teoría con la publicación del libro *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, escrito por el decano de la Universidad de Stanford –Larry Kramer– (Gargarella 2006b). En el texto citado, Kramer, hace una meticulosa labor historiográfica del constitucionalismo estadounidense como la historia del

constitucionalismo popular y en un exhaustivo y prolijo revisionismo, sostiene que esta clase de constitucionalismo es el significado habitual que se tenía de constitucionalismo en los Estados Unidos, incluso hasta antes de la sanción de la Constitución. Explica que el origen del constitucionalismo popular se remonta antes de la Revolución americana y se sitúa en Inglaterra con la Revolución Gloriosa de 1688, donde fue el pueblo quien destituyó al monarca. En consideración a lo manifestado, esta investigación retrocederá en el tiempo en la historia norteamericana, con el objeto de contar el nacimiento de esta tendencia con fundamento en antecedentes, y así, demostrar que existen eventos en los cuales la intervención del pueblo fue trascendental para el constitucionalismo, y de esta forma, con base en los precedentes narrados, establecer el contenido, criterios de reconocimiento y modalidades, para determinar la posible aplicación de esta tesis constitucionalista en el ámbito colombiano.

Este recorrido empieza en Europa, haciendo alusión al conflicto que existió entre los nobles que junto con la Iglesia enfrentaron al rey Juan Sin Tierra —rey de Inglaterra—, quien abusó del poder mediante la implementación de impuestos a sus súbditos, situación que junto con la pérdida de grandes extensiones de tierra pertenecientes al reino, motivaron la reacción de las elites en contra de la Corona, las cuales el 15 de junio de 1215 obligaron al rey a firmar la llamada Carta Magna, en la cual se determinaron y protegieron los derechos y libertades a favor de los barones, el clero, y en general, para el pueblo inglés, siendo evidente la participación de dichos sectores en la redacción del texto constitucional, con cláusulas como “la Iglesia de Inglaterra será libre, y gozará inviolablemente de todos sus Derechos y libertades” (Carta Magna, 1215, p. 165)⁶; “Hemos concedido también a todos los hombres libres de nuestro reino, por Nos y nuestros herederos, para

⁶ Véase: Carta Magna, 1215, p.165, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

siempre, todas las infrascriptas libertades, para que las tengan y posean, ellos y sus herederos de Nos y nuestro herederos” (Carta Magna, 1215, p. 178)⁷; “Tan pronto como se restablezca la paz, enviaremos fuera del reino a todos los soldados extranjeros, ballesteros, estipendiarios, que han venido con sus caballos y armas en perjuicio de nuestro pueblo” (Carta Magna, 1215, p. 173)⁸; “Todas dichas costumbres y libertades, que han sido concedidas para ser poseídas en nuestro reino, en cuanto corresponde a Nos para con nuestro pueblo, todos nuestros súbditos, así eclesiásticos como legos” (Carta Magna, 1215, p. 178)⁹.

Siguiendo la historia inglesa totalmente ligada a la norteamericana, se encuentran las luchas entre Jacobo I y el Parlamento, que tiempo después dieron como fruto la imposición del *common law* en Inglaterra, y que permitieron que tras una guerra civil encabezada por Cromwell, que termina con el derrocamiento de Carlos I, que en 1647 se conciba el *Agremment Of The People*, documento en el cual el pueblo inglés consagró sus derechos, girando su articulado en torno a la supremacía popular como máxima autoridad estatal, limitando la potestad del Parlamento y la del rey, y estableciendo un estatuto de libertades para todos los ingleses. Después de estipularse dicho compendio de derechos, Cromwell implantó una dictadura en Inglaterra, desconociendo lo prescrito en el *Agremment Of The People*, y heredó su poder a Jacobo II, quien es derrocado, asumiendo la corona Guillermo y María, firmantes del *Bill of Right*, que tipifica las libertades y derechos del pueblo.

Mientras estos sucesos se desarrollaban en Inglaterra, sus colonias en Norteamérica no eran ajenas a dichos acontecimientos, por lo que los primeros colonos —*pilgrims*— decidieron, en 1620 ante la ausencia de una carta real que les permitiera un reconocimiento, celebrar un contrato

⁷ Véase: Carta Magna, 1215, p.178, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

⁸ Véase: Carta Magna, 1215, p.173, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

⁹ Véase: Carta Magna, 1215, p.178, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

conocido como el *Mayflower Compact* en el cual se estructuraba un gobierno para solventar las necesidades de la comunidad como reflejo de la influencia y poder del pueblo en la creación de normas en aquella época.

Durante varios años las colonias asentadas en Norteamérica, acataron las decisiones provenientes del monarca inglés, pero con la creación de las leyes de la *Sugar Act* y la *Stamp Act* por parte del Parlamento inglés, que aumentaron los impuestos para pagar los costos provenientes de la guerra de los Treinta Años contra los franceses, se generó un gran descontento entre los habitantes de las colonias, quienes no aceptaron la imposición de leyes por parte de un órgano en el cual no tenían representación, lo que condujo a que el pueblo alzara su voz mediante manifestaciones insuficientes, pues en 1773 fue creado un nuevo impuesto sobre el té, dando lugar a la *Boston tea party*, logrando los colonos que el Parlamento ante los ataques emitieran las *Coercive Acts* en forma de represalia, limitando los derechos civiles de los colonos, dando lugar a la creación del primer congreso continental, que se limitó a solicitar al rey de Inglaterra la reducción de los impuestos, petición desatendida. Ante esta situación, se reunió un segundo congreso que proclamó la independencia de los Estados Unidos con un ejército encabezado por George Washington.

En virtud de las batallas entabladas y la falta de gobernantes en las colonias, se decidió que cada colonia estableciera su propia Constitución, las cuales proliferaron, siendo un primer modelo las de South Carolina de 1776, Virginia y New Jersey, cuyas asambleas legislativas constituidas antes de la independencia no permitieron la participación popular. Un segundo modelo, fueron las de New Hampshire, Delaware, New York y Georgia, creadas también por asambleas legislativas autorizadas por el pueblo, pero su texto final no era ratificado por el pueblo. Un tercer modelo de Constituciones creadas por asambleas legislativas autorizadas por el pueblo, que realizaba su

ratificación de manera informal, fueron las Maryland, Pennsylvania y North Carolina. Finalmente, el cuarto modelo, consistía en la creación de la Constitución por asambleas legislativas con autorización popular y ratificadas por el mismo pueblo como de Massachusetts de 1780, a la que New Hampshire imitó en 1783.

Ya en 1787 se expidió la Constitución de Filadelfia con las siguientes palabras:

NOSOTROS, EL PUEBLO de los Estado Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestra prosperidad los beneficios de la libertad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América. (National Archives, s.f.)

Sobre estas luchas y creaciones constitucionales del pueblo norteamericano, Kramer señala que se edificó la idea de una Constitución, no siendo nuevo para los estadounidenses el concepto de derecho constitucional y la naturaleza de la Carta. Desde la perspectiva del historiador, dicho concepto se encuentra ligado a la historia inglesa —antecedentes ya relatados en párrafos precedentes—. De esta manera, el pueblo que había pelado una revolución, conocía que podía expresarse y lo había hecho. El pueblo que los fundadores conocían había expresado su insatisfacción con los primeros frutos de la independencia, y había adoptado y debatido una nueva Carta para gobernarse a sí mismo, siendo un acto de la voluntad popular: la Carta del pueblo hecha por el pueblo. Y era el pueblo mismo el responsable de ver que la Constitución fuera interpretada e implementada en forma adecuada. La idea de entregar esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable (Kramer, 2004).

Realizado este recuento histórico, sin duda alguna es evidente la influencia y participación del pueblo norteamericano en la elaboración y promulgación de la Constitución, intervención, que

en palabras de Larry Kramer, continuó en el tiempo, como aconteció en 1793 cuando en el caso de Gideon Henfield, quien fuera a petición de los británicos capturado por haber servido a bordo de un buque francés (Jay, 1997), y acusado del cargo de violación del derecho de gentes, conducta que no estaba tipificada en la ley; sin embargo fue procesado por tal comportamiento y absuelto el 29 de julio por un jurado con fundamento en el argumento de la defensa, que giró en torno a la inconstitucionalidad de juzgarlo porque sus acciones no habían sido proscritas por ninguna norma o legislación vigente en los Estados Unidos, y haciendo caso omiso de las instrucciones de los Jueces de la Corte Suprema —Wilson e Iredell—, el jurado emitió un veredicto que provocó celebraciones en todo el país. Relata John Marshall que la absolución de Henfield fue celebrada con “señales extravagantes de alegría y exultación” por un público que cuestionaba la posición de la administración (Marshall, como se citó en Kramer, 2011).

Otro caso que refleja la concepción del poder soberano que tenía el pueblo norteamericano sobre la interpretación de la Constitución, se evidencia en *Georgia vs. Chisholm* en 1793, cuando se demandó al Estado por la falta de pago de mercancías, que dio lugar a la promulgación de la undécima enmienda de la Carta. También se observa en las protestas de 1795 contra el *Jay Treaty* que buscaban la nulidad del tratado, o en las acciones de 1798 cuando el Congreso adoptó la *Alien Act* que permitió poner en prisión o deportar extranjeros, incluso en tiempos de paz (Churchill, 2000). A este hecho se suma las protestas contra el *Jay Treaty* de 1795, cuando manifestantes se reunieron frente al Federal Hall de New York y un grupo de federalistas comandados por Hamilton intentó tomar el liderazgo de la protesta, presentando un discurso en el cual señalaba la innecesaria opinión del pueblo sobre el tratado ante la confianza en sus gobernantes, lo que produjo la ira entre los manifestantes. Para Kramer en estas y otras incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación revelan la forma en que comprendían el rol del

gobierno popular. Los Estados Unidos eran entonces el único país del mundo con un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo (Kramer, 2004b). Con estos ejemplos, Larry Kramer enfatiza en el papel que ha cumplido el pueblo estadounidense en la determinación de la justicia, así:

En estas y en incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación revelan la forma en la que comprendían su rol en el gobierno popular con un alcance que nosotros, que damos mucho por sentado, no podríamos comprender. Estados Unidos era entonces el único país del mundo con un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestado en un acto distintivo e identificable, y quienes habían dado ese consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello. Y estaban orgullosos. (Kramer, 2004b, p. 17)

Recapitulando, desde las sublevaciones y revoluciones inglesas contra la Corona, ligadas íntimamente con la historia estadounidense, pasando por la colonización norteamericana por parte de Inglaterra, y su independencia junto con la expedición de una Constitución, forman el dossier de antecedentes históricos que permiten a constitucionalistas como Kramer afirmar que estos acontecimientos revelan que el poder mayor del cual se deriva toda autoridad, no es otro, que el pueblo norteamericano, lo que le permitió concluir que, tanto en sus orígenes como durante la mayor parte la historia, el constitucionalismo estadounidense asignó un rol central y crucial a los ciudadanos para la implementación de la Constitución, por tanto, la interpretación final residía en “el pueblo mismo”.

De lo anterior, se puede concluir que, los antecedentes históricos relatados dan cuenta de la participación del pueblo mediante todas sus luchas y revoluciones en la defensa de sus derechos y en la creación de una Constitución. Es decir, tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de la historia, para Kramer, el constitucionalismo estadounidense asignó un rol central y crucial a

los ciudadanos para la implementación de una Constitución y, por ende, para su interpretación, es por ello, que la autoridad interpretativa final residía en el pueblo, y los tribunales al igual que cualquier otra autoridad estaban sometidos a los juicios del pueblo (Kramer, 2004a).

En síntesis, los orígenes del constitucionalismo popular se remontan a los precedentes históricos consignados en este punto, estallando en su plenitud, en el activismo conservador del Tribunal Rehnquist, que según los populares, quebrantó el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del *New Deal* (Niembro, 2013), correspondiendo a la Corte la protección de los derechos y el límite a las leyes nacionales, y al proceso político el alcance de los poderes nacionales (Kramer, 2001), pero que en este apartado no será estudiado, por ser parte del capítulo II que se centrará en el estudio del control judicial de constitucionalidad.

1.4. Criterios de reconocimiento

Más allá de las particularidades históricas y culturales¹⁰ del constitucionalismo popular, es necesario concretar los principales postulados de esta tesis, simplificando las diferencias que se hallan al interior de la misma, es por ello, que aunque su desarrollo se encuentra en etapa larvaria, y cada autor que escribe en su nombre esboza sus propias ideas, las cuales no necesariamente tienen eco en el resto, se realizará en este acápite un esfuerzo en la sistematización, que permitirá agrupar los fundamentos del constitucionalismo popular.

Jorge Alberto Diegues (2016), en un artículo publicado para una revista Argentina, concibe tres principios del constitucionalismo popular: i) El relativismo institucional; ii) La creación, interpretación y aplicación popular de la Constitución; y iii) La revisión constitucional periódica

¹⁰ Con respecto a las divergencias entre autores del constitucionalismo popular, véase el punto 1.3 de este trabajo.

(Diegues, 2016). i) El primero, refiere que a pesar de la tajante caracterización de “antiinstitucionalista” (Laclau, 2013) del constitucionalismo popular, no se observa una completa prescindencia institucional, sino más bien, una *relativización institucional*, circunstancia reflejada a través de las críticas dirigidas contra el constitucionalismo clásico, cuyos partidarios son más bien llamados “institucionalistas”. Siendo característica del institucionalismo el endurecimiento al sistema de representación política, que torna conservadora a la democracia mediante instituciones políticas que detienen los cambios pretendidos popularmente. ii) La tesis del constitucionalismo popular en Estados Unidos es una sola: el pueblo tiene la máxima autoridad para interpretar y hacer cumplir la Constitución y la consiguiente ilegitimidad del papel dominante de la Corte Suprema en la interpretación constitucional. Esta doctrina no rechaza el control judicial de constitucionalidad ni la independencia de los poderes con atribuciones propias en cada uno de ellos, pero cuestiona al poder judicial como intérprete final de la Constitución; iii) Larry Kramer afirma que el proceso de enmienda constitucional fue concebido “para respetar y preservar la autoridad del pueblo sobre las constituciones, a la vez que reducir simultáneamente la posibilidad de inestabilidad política” (Kramer, 2004b, p. 53).

De otra parte, Alterio (2016), señala que los populares hacen énfasis en la posibilidad de desacuerdos racionales y de buena fe en la interpretación de los derechos fundamentales, y con base en esa premisa propone como principales postulados del constitucionalismo popular: i) un modelo institucional dinámico y cambiante en tanto traduce las decisiones de las mayorías; ii) la última palabra en materia de interpretación constitucional la tiene la voluntad consistente y deliberada del pueblo (Gargarella, 2005); iii) pregona una Constitución flexible, incluso en cuanto a una carta de derechos fundamentales en las constituciones (Waldron, 1993); iv) en cuanto al control constitucional, formula un control débil caracterizado por a) la legislatura puede repudiar

las especificaciones de los principios constitucionales abstractos que hacen los jueces; y b) el proceso de revisión que hacen los jueces y el legislativo debe hacerse con fundamento en el diálogo (Tushnet, 2003); v) señala que los populares no consideran que la interpretación constitucional deba ser “mayoritaria” (Gargarella, 2005), sino más bien que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia (Balkin, 1997); vi) asegura que los populistas reconocen la importancia de los derechos fundamentales pero impugna la idea de sustraerlos de la deliberación democrática, es decir, deben dejarse en manos de la ciudadanía; y vii) reivindican un “derecho fundamental a la democracia”, esto es, a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principios (Alterio, 2016; Waldron, 1993).

Con una hoja de ruta para acercarse al constitucionalismo popular, Gargarella pretende, partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo, y tomando como punto de partida el libro *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review* de Larry Kramer, establecer como criterios de reconocimiento que defienden los populistas, los siguientes: 1) desafiar la supremacía judicial: quitando la Constitución de las manos de los tribunales. El autor señaló que el libro citado se ocupa de las diferencias entre revisión judicial de las leyes, como la capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas, y eventualmente, declararlas inválidas, y la supremacía judicial — referida al carácter de los jueces como “últimos interpretes” —. Centrando la atención en el rechazo de la supremacía judicial, para lo cual, Kramer hace referencia a una serie de medidas como reformas destinadas a acercar el funcionamiento del sistema judicial norteamericano al modelo europeo (Kramer, 2004b), limitando el mandato de los jueces, y tornando flexible la Constitución existente, incluso restringiendo la jurisdicción de la Corte hasta el *impeachment* a los jueces más hostiles frente a la voluntad ciudadana (Kramer, 2004b).

2) Contra una “sensibilidad antipopular” (Kramer, 2004b). Para el constitucionalismo popular muchas de las posturas mantenidas por los tribunales, defienden la revisión judicial de las leyes y se basan en una sensibilidad antipopular. Robert Mangabeira (1996), resume así esta visión: “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” (p. 72) está dado por su “disconformidad con la democracia” (Unger, 1996, p.72), lo cual se expresa según el autor mencionado, en la identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes como responsabilidad de los jueces, que apareja como consecuencia la hipertrofia de prácticas contramayoritarias, y la oposición a reformas institucionales orientadas a expandir la intervención popular. Lo que asegura, muestra una gran desconfianza hacia las “preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un hubris meritocrático” (Balkin, 1995, p. 1951). Frente a este elitismo el constitucionalismo popular pretende recuperar y reconocer la importancia institucional a los valores propios de las “cultura popular” (Gargarella, 2006b).

Continuando con los postulados del constitucionalismo popular, expuestos por Gargarella, se tiene como numeral 3) Interpretación extrajudicial, referida a reservar un papel fundamental para esta clase de interpretación de la Constitución, en la cual la ciudadanía se convierte en protagonista, de manera tal que la tarea se difunda de modo igual entre todo el pueblo; 4) Relectura crítica sobre los efectos del control judicial. Presupuesto del cual se destaca que, el significado de la Constitución es determinado a través de la política ordinaria, y no de los tribunales, tal como lo expresa Mark Tushnet, para quien el proceso de revisión judicial de las leyes representa poco más que *noise around zero* (Tushnet, 2000); 5) El derecho fuera del derecho. Una de las preocupaciones de los populistas es la indiferencia y actitud hostil de los tribunales y la comunidad académica en

general, respecto a que la ciudadanía genere “sentido jurídico”. Es por lo que muestran la forma en que la sociedad influye en reconstruir y a veces socavar el valor de las decisiones judiciales (Minow, 1987). Sobre este punto, Gargarella cita al trabajo de Robert Cover: *Nomos and Narrative* (Cover, 1983), en el cual al explorar los “indisciplinados impulsos jusgenerativos” (p. 67-53), provenientes de movimientos sociales alternativos, los cuales mostraban de qué modo la tarea judicial más característica no era la de “crear, sino la de eliminar (ciertas versiones sobre el derecho)” (Cover, 1983, p. 53-67). Es decir, los jueces al confrontar la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas, señalaban qué tradición es derecho, mientras destruían las restantes. Cover sostiene que las historias de quienes resisten al derecho, ese derecho que hacen debe jugar un rol más importante cuando se defina el contenido y significado del derecho. Finalmente, el punto 6) refiere a la democracia y participación. Los populistas se ocupan de impulsar la mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas, y defienden una democracia donde el ideal es la soberanía popular; sin embargo, miran con desprecio las ideas progresistas de democracia basadas en la persuasión, la discusión, el diálogo racional (democracia deliberativa); por el contrario, los populares tienden más a valorar las manifestaciones propias de la cultura popular, resultado de la desconfianza en las élites, por lo que favorecen medidas como la rotación de cargos, mandatos cortos, descentralización del poder (Gargarella, 2006b).

Expuestas las lecturas que los autores referenciados hicieron a la teoría del constitucionalismo popular para extraer sus presupuestos, es indispensable señalar que, si bien esta tendencia populista es heterogénea y gana caracteres particulares en las ideas de cada autor, existen ciertos rasgos comunes que, por lo general, la mayoría sostienen.

El primero de ellos, es la crítica a la supremacía judicial¹¹ (Kramer, 2001) —cabe resaltar que es la supremacía judicial la combatida por los populistas—, lo importante es quitarle a la Corte el poder de intérprete final de la Constitución¹² (Kramer, 2001). Se trata de sacar la Constitución de los tribunales (Tushnet, 2000). Algunos autores próximos a esta corriente plantean la imposibilidad de que alguno de los poderes que constituyen el Estado puedan asumir la primacía en la interpretación de la Constitución (Post & Siegel, 2004), mientras que otros, se orientan a reformar, política o constitucionalmente el poder judicial para privarlo de la supremacía interpretativa, en el sentido de disminuir el rol de las cortes a favor del pueblo (Kramer, 2001), pero también existen populistas que, impugnan toda supremacía judicial como Tushnet (1999) y Waldron (1999), y, entre ellos, también están quienes no consideran incompatible el constitucionalismo popular con la supremacía judicial, como Post & Siegel (2004)¹³. En conclusión, en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución, se tienen diferentes grados de aplicación que corresponden a diferentes percepciones del mismo, a partir del cual es posible determinar cuál es la relación entre el pueblo y los tribunales constitucionales en materia de

¹¹ Los populistas, en especial Larry Kramer (2005) en “Undercover Anti-Populism” (pp. 1343-1349), distinguen, en el derecho público norteamericano, la facultad judicial de control de constitucionalidad (judicial review) de la potestad excluyente de interpretar la Constitución (*judicial supremacy*). Por la primera cualquier tribunal puede ejercer el control de constitucionalidad de las normas y declarar su inconstitucionalidad, no obstante, la revisión en una instancia superior. La segunda, en cambio, establece que corresponde únicamente a la Corte Suprema fijar la interpretación constitucional y que su criterio es vinculante para todos los demás órganos judiciales, como también para los poderes ejecutivo y legislativo. La potestad de la Corte no se encuentra expresamente establecida en el texto constitucional y fue formulada por la Corte en el caso “Marbury vs. Madison”, que según Kramer, ocasionó la mezcla y confusión del control de constitucionalidad con la supremacía judicial. Los no populistas (Sager, 2005, pp. 1371-1374), rechazan tal distinción, porque el concepto de supremacía les parece extraño (inexistente, ajeno) al sistema estadounidense.

¹² Kramer considera que Marshall tenía una tendencia a favor del departamentalismo y que la doctrina de la supremacía judicial apareció en 1790 como parte del dogma de los Grandes Federalistas, en contraste con los republicanos, quienes veían a la Constitución como una restricción impuesta por el pueblo al gobierno, mientras los Grandes Federalistas la veían como una restricción para con el propio pueblo.

¹³ En el artículo “*Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy*” los autores Post & Siegel (2004). Así como en “*Judicial review and populism*” de Curtis (2003), dicen que el control judicial de constitucionalidad obra en favor del populismo y la democracia. Así como Friedman (2009) en el libro, *The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the constitution*.

interpretación, con un punto común, el cual es, para los populistas, devolverle al pueblo el rol de interprete último de la Constitución, pues en esencia es el fin último al que quiere llegar el constitucionalismo popular. Así, esta tesis, partiendo de la diferencia entre control constitucional y supremacía judicial, que permite concentrar la atención en la segunda al entenderse por tal, como la capacidad de interpretar sin limitaciones (Muñoz, 2012), pretende que la supremacía en cabeza de los tribunales constitucionales debe ser dada al pueblo, debe regresar al pueblo, y quitarla de manos de las Cortes.

El segundo rasgo que comparten las diferentes tesis populistas, es la existencia de una Constitución flexible, pues el constitucionalismo popular combate la idea de un “precompromiso” como “autolimitación” de la soberanía popular que atrinchera derechos en las Constituciones (Alterio, 2016), es decir, cuestiona las bondades de la rigidez fuerte de la Constitución e incluso de una carta de derechos fundamentales en las Constituciones¹⁴ (Waldron, 1993), no obstante, algunos autores populistas consideran positivo tener un catálogo de prerrogativas en la norma constitucional. Se trata entonces, de flexibilizar la Constitución y excederla.

Para Alterio (2016), el constitucionalismo popular trata de combatir que el propósito de la Constitución sea el de atrincherar derechos individuales que prevengan a la ciudadanía de su propia peligrosidad a futuro (estrategia del precompromiso), como modo de garantía ante posibles excesos en las mayorías, desmontando la idea de que esto sería una “autolimitación” que los propios sujetos se dan mediante mecanismos de racionalidad imperfectos para evitar los momentos de debilidad de la voluntad (Elster, 1995). Por lo tanto, lo propuesto es un reconocimiento de las legislaturas —como representantes del pueblo— para proveer interpretaciones constitucionales que

¹⁴ Se entiende por rigidez, aquellas Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad, o prevén mayorías para modificar la Constitución.

difieran de/o alteren las interpretaciones ofrecidas por los tribunales (Alterio, 2016). Sin embargo, la principal razón para combatir dicho atrincheramiento de los derechos constitucionales, no es otra que, la envoltura de inmunidad a los cambios legislativos propios de las Constituciones rígidas. Lo anterior, implica para los populares, una muestra de la desconfianza hacia la ciudadanía y seguridad en la interpretación de los tribunales, con el convencimiento de que la formulación propia refleja adecuadamente un derecho fundamental. Waldron señala que, no se puede combinar el respeto por los derechos con una desconfianza hacia las capacidades democráticas y representativas de las personas¹⁵, por lo que habría que liberar la discusión de los derechos de la rigidez constitucional (Alterio, 2016). En conclusión, el articulado de la Constitución, debe ser susceptible de modificarse y ampliarse en virtud de la interpretación que hace el pueblo, sin que existan cláusulas pétreas ni limitación alguna o tenga que acudir a procedimientos que aparentemente democráticos hagan inviable que aquellos valores propios del pueblo no se reflejen en la carta.

El tercer criterio, se encuentra íntimamente ligado con el presupuesto antes expuesto, y está relacionado con el carácter peculiar del constitucionalismo popular que pretende defender las opiniones y valores del pueblo, la sensibilidad popular (Tushnet, 2006), el populismo, la preocupación por recuperar y reconocer la importancia y el peso institucional de los valores propios de la cultura popular. Por lo tanto, esta teoría popular es contraria a la sensibilidad antipopular, elitista y antidemocrática de la comunidad jurídica en cuanto a la interpretación de los derechos.

¹⁵ Para Waldron, la atribución de derechos a los individuos tiene que ver con una visión de ellos como agentes pensantes, dotados con capacidad de reflexión y deliberación moral.

Una cuarta característica, es la llamada interpretación constitucional por la ciudadanía, lo que hace referencia a una interpretación extrajudicial de la Constitución, que desafía la supremacía judicial, en la cual un grupo reducido de jueces puede tutelar los intereses de la mayoría sin la participación popular. Se trata entonces, de reivindicar la participación de la gente común con todos sus defectos —ínsita indisciplina—, y sin mediación alguna que les dé forma o los refine, aunque tampoco sin idealizar románticamente esa intervención para que puedan canalizar esa energía política ordinaria, a fin de interpretar la norma constitucional acorde con las demandas del pueblo al cual pertenecen. De esto resulta la promoción de la regla de las mayorías, donde el papel del pueblo no está confinado a actos ocasionales de elaboración constitucional, sino que incluye un papel activo y continuo sobre su interpretación y ejecución (Kramer, 2004a). Se argumenta por parte de los populares que, los principios constitucionales y las ideas que se generan fuera de los tribunales son cruciales para expandir las posibilidades de desarrollo constitucional y para aliviar tensiones entre el derecho constitucional y la cultura del pueblo donde opera (Kramer, 2004a). Por lo tanto, no hay temas vedados a la regla de la mayoría, pues en un sistema ideal esta regla para cada asunto debe ser un asunto político, abierto a la controversia (Parker, 1993). Sin embargo, debe aclararse que los populistas a la regla de la mayoría le otorgan un valor axiológico (Balkin, 1995), respetando la igual autoridad política de cada individuo (Waldron, 2004), mas no consideran que la interpretación constitucional debe ser mayoritaria (Gargarella, 2005), sino más bien, propugnan que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia y que en última instancia, se deje a la voluntad consistente y deliberada del pueblo, la última palabra (Gargarella, 2005). En consecuencia, los populares insisten en que sea el pueblo el que configure el derecho constitucional mediante interpretaciones que permitan hablar de “*The living constitution*” (la constitución viva).

1.5. Tipología del constitucionalismo popular

Este espacio está dedicado a revisar las distintas propuestas de pensamientos contenidos en diversas tesis que conforman el constitucionalismo popular y que han sido clasificadas por diferentes autores en modelos o tipos que han permitido enmarcar las teorías de cada uno de los expositores de esta clase de constitucionalismo. Siendo necesario para el objeto de este trabajo tener en cuenta esta tipología, no solo con propósitos académicos, sino con el fin de determinar en cuáles de dichas tesis encuadran de mejor manera la propuesta que se expondrá en el capítulo IV de este escrito.

De esta manera, se debe comenzar por citar al catedrático Javier G. Rincón Salcedo, quien en su escrito, citando a los profesores de la Universidad de San Diego, Alexander & Solum (2004) refiere, que el constitucionalismo popular encuentra una de sus principales fuentes de heterogeneidad respecto a la guarda e interpretación constitucional, en la medida que para algunos se trata de un abolicionismo del *judicial review*, mientras para otros, se trata de una relación dialógica entre el tribunal y la opinión pública, circunstancia que se condensa en la siguiente categorización: i) el constitucionalismo popular “robusto o rígido”, ii) el “modesto”; iii) el “trivial u ordinario”; y iv) el “expresivo”.

El primero, “robusto o rígido”, es aquel según el cual es solo al pueblo a quien corresponde la interpretación y la guarda de la Constitución. Por tanto, los tribunales constitucionales no deben interpretar la Constitución, ya que es el pueblo y no el tribunal quien posee la autoridad para darle un determinado alcance a la Constitución a través de su interpretación. Este autor señala que, para los constitucionalistas populares más radicales, el pueblo tiene un enemigo y es la supremacía de los tribunales constitucionales a quienes denominan “los sirvientes de las élites políticas” (Rincón-Salcedo, 2008, p. 126). En consecuencia, esta clase de constitucionalismo popular no discute cuál

órgano debe interpretar la Constitución, pues esa labor es propia del pueblo, pero tampoco presupone la inexistencia de un tribunal constitucional, sino una reducción de su labor encaminada únicamente a la aplicación de la Constitución sin poder interpretarla.

El segundo, el constitucionalismo popular “modesto”, en esta clase de tesis, al decir del profesor citado, la tarea del pueblo es únicamente anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales, por lo que el pueblo solo interviene para aprobar o no una determinada interpretación que sea considerada groseramente contraria a la idea que el mismo pueblo le quiso dar a una determinada disposición constitucional, aportando la interpretación correcta.

En tercer lugar, se encuentra el “trivial u ordinario”, en el cual toda interpretación que se haga de la Constitución debe contar con la aceptación por parte del pueblo. Y finalmente, el “expresivo”, en el cual, la noción de pueblo se cambia por el de opinión pública, la cual entabla un diálogo con el tribunal constitucional, jugando un rol determinante en el alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

De otra parte, se encuentra David Pozen (2010), autor que ha precisado que existen tres modelos de constitucionalismo popular, acordes con la facilidad o dificultad con que los distintos actores rechacen las interpretaciones judiciales y la identidad del principal intérprete constitucional. Refiere a un (i) constitucionalismo modesto, en el cual diversos actores juegan un papel activo en la configuración del derecho constitucional, pero sin poner en cuestión el control judicial o la última palabra de los jueces; (ii) de otro lado, hace relación al constitucionalismo popular robusto, en el cual la autoridad del pueblo para interpretar la Constitución prevalece sobre la del tribunal constitucional —de los jueces—, donde se promueve el involucramiento de la gente y se da prioridad a sus opiniones; (iii) finalmente se encuentra el “departamentalismo”, en el cual

cada rama del gobierno tiene autoridad independiente para interpretar la Constitución (Pozen, 2010).

Otros escritores como Roberto Niembro, dividen a los militantes de esta corriente en tres grupos: i) Los *Founding Fathers* del constitucionalismo popular; ii) el constitucionalismo democrático y; iii) el constitucionalismo popular mediado. En el primero de los grupos, este investigador de la Escuela Libre de Derecho de ciudad de México, ha ubicado a los llamados padres fundadores del constitucionalismo popular, como son: Mark Tushnet y Larry Kramer; mientras que, en el segundo grupo, clasifica a las teorías de Post y Siegel; y finalmente, en el populismo mediado encasilla a la tesis expuesta por Barry Friedman (Niembro, 2013).

También consideran algunos pensadores que, en las versiones fuertes, los constitucionalistas populares han propuesto la abolición del control constitucional, y en versiones más moderadas han propuesto una modificación de la manera como el juez constitucional desempeña su función, enfatizando que su principal rol debe ser promover la participación de la gente común en los asuntos de política (González Jacome, 2011). En síntesis, cualquiera de las clasificaciones expuestas tiene como punto común, proyectar el constitucionalismo popular como la expresión más o menos fuerte de la soberanía popular en materia de interpretación constitucional.

En razón a esta investigación y con el fin de dar una breve reseña del pensamiento de cada uno de los autores más destacados del constitucionalismo popular, se acogerá la clasificación de las tesis de los populares desarrollada por Niembro, al reunir los elementos necesarios para el propósito de este trabajo. De esta manera, se explicarán las propuestas formuladas por cada expositor, comenzando por los denominados “Padres fundadores del constitucionalismo popular”, título en cabeza de Larry Kramer y Mark Tushnet.

Antes de hablar de las tesis de los padres fundadores del constitucionalismo popular, es necesario hacer alusión a la propuesta de Pedro Miguel Mancha Romero (2009), quien asegura que esta clase de constitucionalismo, no nace *ex novo*, ni es tampoco una ocurrencia desarrollada más o menos comanditariamente por autores ideológicamente afines. Señala el autor, que la primera obra que se ocupa directamente de esta materia, es: *Constitutional Populism: Is It Time for “We The People to Demand an Article Five Convention?”*, conferencia editada por Sanford Levinson en 1999. Sin embargo, Mancha Romero (2009), considera que el origen inmediato del constitucionalismo popular se encuentra en el trabajo de Bruce Ackerman, quien toma el título de su obra del preámbulo constitucional estadounidense: *We The People*. Ackerman, en su escrito, se abastece de la larga tradición americana que desarrolla desde el triunfo de la Independencia, mecanismos de participación directa al calor de las tensiones inevitables entre la pulsión aristocrática de sus élites y el sustrato inequívocamente popular de la democracia norteamericana. Todo por cuanto el origen mismo de su sistema político se encuentra en una revolución dirigida y nutrida por pequeños y grandes propietarios ajenos a toda nobleza de sangre y, por tanto, abocados a una suerte de igualdad inevitable (Mancha Romero, 2009). Bruce Ackerman enfatiza el papel de *We the People* en la creación, desarrollo e interpretación de la Constitución — aunque manteniendo la centralidad y supremacía del poder judicial en la tarea interpretativa—.

El autor citado resalta cómo Ackerman establece unas determinadas categorías analíticas que definen el sistema constitucional americano y sus transformaciones con base en su propia experiencia histórica, al desarrollo de la historia constitucional y la política de los Estados Unidos (Mancha Romero, 2009). Además, también resalta que el profesor de Yale, con fundamento en dicho análisis, asegura que el sistema democrático americano se ha visto muy influenciado por la teoría política europea, a pesar de que los norteamericanos han creado un nuevo sistema

constitucional que distingue dos tipos de momentos políticos, de los cuales depende la clase de diálogo de los ciudadanos. Con respecto a tales momentos, Ackerman en el libro *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, pregona que los momentos constitucionales se dan raramente cuando “*We the People*” hablamos de manera directa. En estas coyunturas, el pueblo habla mediante vías extraconstitucionales, y son momentos cuando los ciudadanos quieren realizar cambios en la Constitución (Nebelsky, 1994), estas ocasiones están caracterizadas por distintas circunstancias: Primero, por el hecho de que un número extraordinario de ciudadanos esté convencido de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales. Segundo, por el hecho de que todos los ciudadanos han tenido la posibilidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema en discusión. Tercero, porque existe una mayoría partidaria de una determinada forma de solucionar el problema en cuestión (Ackerman, 1991). Finalmente, el catedrático asegura que en estos momentos constitucionales la sociedad se moviliza para debatir asuntos fundamentales, existiendo un grado de reflexión y de deliberación popular inusual por parte de la ciudadanía que pretende realizar una transformación de tipo constitucional.

Para llegar a esta consideración, Mancha afirma que Ackerman parte del análisis de la historia constitucional de los Estados Unidos, destacando momentos que considera como constitucionales y el marco básico durante la década de 1780, los que son: las reformas de la “*Reconstruction*” realizada por los republicanos durante la década de 1860, y el denominado “*New Deal*” de los demócratas a partir de 1930. Estos momentos provocaron una reinterpretación de la Constitución de los Estados Unidos mediante resoluciones del Tribunal Supremo y enmiendas constitucionales (Ackerman, 1993). En este tipo de ocasiones, los ciudadanos se encuentran en un estado de exaltación enorme y se genera una necesidad de actuación directa que suele contradecir

los propósitos de actuación del gobierno de turno. Esta contradicción entre la decisión del gobierno y la voluntad popular es lo que genera la exaltación. Los acuerdos a los cuales llega la ciudadanía en los momentos constitucionales bajo circunstancias excepcionales se encuentran, según Ackerman, en el mismo peldaño jerárquico que las reformas formales de la Constitución, porque, en definitiva, lo que otorga valor a las normas constitucionales no tiene que ver con la calidad personal de sus autores o el momento particular en que fueron dictadas, sino por el extraordinario nivel de acuerdo ciudadano que las apoya.

Ahora bien, Ackerman señala que frente a estos momentos se encuentran los normales, dentro de los cuales se incluyen las decisiones que toma a diario el gobierno. En estas oportunidades no hay debate ni movilización popular. El electorado confía al gobierno la gestión de los negocios jurídicos, y el gobierno, legitimado por este mandato, adopta las decisiones que cree más convenientes (Ackerman, 1991). En los momentos normales una población “desligada” permite a los grupos de interés democráticamente escogidos tomar decisiones políticas, a esto Ackerman le domina la “democracia dualista”, que consiste en diferenciar entre las decisiones tomadas por el pueblo mismo y las decisiones tomadas por el gobierno; por tanto, este concepto descansa sobre la diferencia entre momentos constitucionales y normales. El catedrático también recuerda que la democracia ha sido pensada para los ciudadanos y el sistema debe permitir la participación directa de los mismos, y es en ese momento cuando la democracia dualista que pregona pretende captar la iniciativa privada de los ciudadanos y canalizarla a la vida pública, siendo el eje “el ciudadano activo” (Ackerman, 1993).

En conclusión, la teoría de Ackerman permite una coexistencia entre la libertad personal y la historia constitucional (revolucionaria) de los Estados Unidos. Se convierte esta tesis en un diagnóstico de la manera cómo reaccionó el pueblo a lo largo de los doscientos años de historia y

cómo ha participado y debe permitirse participar a la ciudadanía en la vida política del país, sin que necesariamente deba producirse un momento constitucional. Y si bien, en la obra no refiere en forma directa a las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en el rol del único intérprete constitucional, sí alude al papel del pueblo en la vida de un país y pregona la participación del ciudadano en las deliberaciones que adoptan las instituciones.

Dejando el tema de Ackerman y quedando para la reflexión si su teoría permite iniciar el camino trazado para que surja en el pensamiento de los distintos escritores y catedráticos la idea de un constitucionalismo popular, es indispensable centrar la atención en intentar exponer las tesis —o por lo menos los postulados sobresalientes— de los denominados *Founding Fathers* del constitucionalismo popular.

1.5.1. Los padres fundadores del constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista, según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales (Tushnet, 2003), aunque no todos los populares son anticorte o anticontrol judicial. Como ya se estableció en esta investigación, el punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agenda colectiva, cuyo protagonista es el pueblo (Tushnet, 2000). Mark Tushnet, dice que es popular esta corriente constitucionalista porque distribuye ampliamente la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel del pueblo en la interpretación pueblo (Tushnet, 2000). Kramer define el constitucionalismo popular como la visión conforme a la cual, quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y

corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (Kramer, 2004a).

Bajo el contexto descrito, se adoptan las afirmaciones formuladas por Tom Donnelly quien, en uno de sus escritos, elevó a la categoría de *Founding Fathers* del constitucionalismo popular al catedrático Larry Kramer (Donnelly, 2012). Así como también, se acoge la consideración desarrollada por Roberto Niembro, que incluye en esta categoría al profesor Mark Tushnet (Niembro, 2013), razón por la cual se analizarán las posturas de estos dos fundadores de la corriente en estudio.

Una de las propuestas de pensamiento constitucional que en los últimos años ha causado resonancia en la academia estadounidense es la formulada por Larry Kramer. Este célebre profesor de la Universidad de Stanford, en su obra: *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, cuenta la historia y la práctica del derecho constitucional de una manera distinta, al hacer una reconstrucción y revisión crítico-política del control constitucional en la escena norteamericana, exactamente de la supremacía judicial, en confrontación con la original autoridad del pueblo. En su tesis, parte de que la autoridad de los “jueces” para interpretar la Constitución, no es algo natural, sino que su aparición se explica gracias a una serie de luchas políticas de las élites (Kramer, 2004b). De esta manera, muestra cómo la supremacía judicial expresada a través de un fuerte control de constitucionalidad no era la intención del constituyente de 1781 (Kramer, 2004b), y señala que, desde los inicios de la historia de Estados Unidos ha existido una tendencia populista a través de la cual el pueblo es quien tiene la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, dando origen a la oposición de la supremacía judicial a través del control constitucional de la legislación.

Para este autor, los Estados Unidos con su gobierno popular estuvo presente en la generación de los fundadores de dicha nación. Estos apostaban por un gobierno popular, donde el pueblo que conocían había apelado a la revolución cuando conocieron los primeros frutos de la independencia y habían adoptado una nueva carta para gobernarse a sí mismos, una carta del pueblo, hecha por el pueblo, siendo el pueblo el responsable de su interpretación, por lo que resultaba impensable la idea de entregar esta responsabilidad a los jueces. Esta generación de fundadores y sus sucesores, respondieron a las condiciones sociales, políticas y culturales, improvisando soluciones para preservar el control popular sobre el decurso del derecho constitucional.

Kramer sostiene que, en la mayor parte de la historia norteamericana, desde sus orígenes, el constitucionalismo asignó un rol central a los ciudadanos para la implementación de la Constitución, siendo la autoridad interpretativa final “el pueblo mismo”, mientras los tribunales estaban subordinados a los juicios del pueblo. En el libro antes citado, recorre el camino de la *judicial review* y de la supremacía judicial, y relata cómo los padres fundadores y sus antecesores sustentan una ideología que celebra el papel del pueblo como impulsor y director del gobierno, encargado de velar por la interpretación e implementación de la Constitución (Kramer, 2004b), teniendo como formas de manifestación del pueblo en esa época: el derecho al voto, el derecho de petición, la emisión de panfletos, la protesta, entre otras.

Así mismo, precisó que no siempre la supremacía judicial ha acompañado al control judicial norteamericano, pues no fue así en sus orígenes ni en la mayor parte de su historia. En el recuento que hace, afirma que desde sus inicios el pueblo estadounidense tenía una idea de derecho constitucional, incluso antes de redactarse la primera Constitución, por lo que este concepto se remonta a las luchas entre Jacobo I y el Parlamento (Gough, 1955), aunque insiste que ya existía

memoria de la preexistencia de una Constitución ancestral (Pocock, 1975). cuyos principios eran seguidos por los colonos quienes, al inicio de la República estadounidense, vieron reflejado el interés popular por el gobierno y la administración de la justicia en la resolución de casos ante el jurado. De esta manera, el profesor de la Universidad de Stanford muestra que la supremacía judicial carece de todo sustento y que el constitucionalismo no limita la democracia, porque la participación popular en la interpretación constitucional representa la propia Constitución democrática.

En este sentido, para este padre fundador del constitucionalismo popular, la historia enseña que, en una democracia, no son los jueces sino el pueblo mismo quien debe ser la fuente para resolver los conflictos sobre significados constitucionales y que al pueblo corresponde adaptar e implementar los principios constitucionales (Kramer, 2004b). Tal idea podía perfectamente ligarse con aquella razón subyacente al “*We the people*”, que en último término podía interpretarse como el compromiso que tenía todo estadounidense con el denominado autogobierno, el mismo que podía continuar de generación en generación¹⁶.

De otra parte, González Jacome (2011), refiere que este profesor de la Universidad de Stanford ha sostenido que, en la época de la formación del gobierno republicano, con posterioridad a la Independencia, la gente del común aceptaba la revisión judicial de la legislación, pero no aceptaba que los jueces tuvieran la última palabra sobre el significado de la Constitución (González Jacome, 2011). Es así como Kramer desconfía de la fijación que existe en torno al poder judicial y pretende dar una lectura diferente al origen del constitucionalismo norteamericano, pues

¹⁶ Para el profesor de la Universidad de Caldas, Milton César Jiménez Ramírez, Larry Kramer, recurre al sentido histórico de la Constitución, para explicar que en los Estados Unidos existe una primacía popular y no una restricción a la capacidad de decisión del pueblo, y en ningún caso la supremacía de una rama del poder sobre las demás, por lo que el poder desmedido de la rama judicial representa una sustitución o desplazamiento de la voluntad constitucional y del poder histórico radicado en el pueblo (Jiménez, 2021).

considera que se produjo en un ambiente popular; es por ello que, como idea central de su teoría, refiere que interpretar la Constitución debe ser tarea de la ciudadanía —a través de sus representantes— y no de los tribunales constitucionales.

Para Kramer, el papel del pueblo no debe estar limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino que debe ir más allá, a un control activo y continuo, sobre la interpretación e implementación de la Constitución, perdiendo de esta manera el Tribunal Supremo la monopolización de la interpretación (Kramer, 2004b). Así, no basta con que el pueblo solo esté presente en los actos de reforma constitucional, sino que se trata de reivindicar su rol como intérprete de la Constitución que él mismo creó y no sean otros, una minoría quienes la interpreten. De esta manera, cuestiona que la interpretación de la carta constitucional se encuentre por fuera del alcance del pueblo, prevaleciendo la supremacía judicial que para Kramer es un principio ideológico que lleva a los ciudadanos a pensar que no pueden contradecir a los jueces, lo que desincentiva a los ciudadanos para argumentar sobre temas constitucionales, pues los lleva a razonar que no pueden refutar al Tribunal Supremo, afirmación sustentada en la creencia de no sentir el derecho de contravenir los argumentos judiciales porque no se siente en el derecho a hacerlo. De esa manera, se acepta que la última palabra interpretativa la ostenta el judicial, existiendo un medio para modificar su criterio, y es cambiando su composición, situación que permite a los jueces concebir su función, las decisiones que adoptan y sus criterios. De esta forma, el monopolio judicial sobre la Constitución se convierte en algo inexorable e inevitable, como algo que fue pensado para ser así y que nos salva de nosotros mismos (Kramer, 2005).

Por tanto, la tesis de Kramer radica en que la autoridad judicial debe limitarse a fin de aumentar la autoridad de los intérpretes ciudadanos cuyas interpretaciones deben ser respetadas. De esta manera, los problemas de la ley fundamental pueden resolverse de forma autoritativa solo

por el pueblo, expresándose a través de dispositivos populares ya establecidos, principalmente por elecciones, pero también, si es necesario, por otros medios extralegales (Mangabeira, 1996). Se trata entonces de reclamar la Constitución, lo que significa reclamar el legado constitucional e insistir en que los jueces son servidores del pueblo, que deben someterse al juicio del pueblo acerca de lo que la Constitución significa, y no al contrario. Así las cosas, la propuesta político doctrinal es clara: devolver el poder al pueblo para que decida sobre el significado de la Constitución. Kramer se mueve entre la reforma de la legalidad constitucional y la reacción popular, confiando en que finalmente el poder judicial cederá ante los juicios populares sobre el sentido de la Constitución.

De la tesis expuesta por Larry Kramer, se puede establecer como criterios identificables: i) considera que la Constitución obliga a todos los poderes del gobierno, incluido el poder judicial, sin que ninguno tenga autoridad plena sobre ella; ii) si los jueces interpretan la carta de derechos es porque están obligados a dicha tarea, y no porque tengan cualidades superiores al pueblo que los hagan más idóneos para esa labor. De esa manera, los jueces se convierten en agentes del pueblo, cuya tarea es ser un líder de opinión, sin importar una única visión (Kramer, 2001). En consideración de Niembro, al hacer una lectura de Kramer, una de las batallas del constitucionalismo populista es acabar con la idea de que los jueces hacen mejor labor que el pueblo al interpretar la Constitución, primero, porque no existe evidencia de que los jueces hayan hecho mejores interpretaciones, y porque los jueces se enfocan más en cuestiones técnicas y no son filósofos o académicos (Niembro, 2013). Por lo expuesto, no hay duda entonces, que lo pretendido por Larry Kramer es que se deje de lado el temor y el pesimismo de que el pueblo, porque se considera emotivo, ignorante y limitado en contraposición con una élite informada, atenta e inteligente, asuma un papel de intérprete constitucional en oposición a los jueces que la

quieren para sí mismos; iii) otro de los criterios de identificación de la idea de Kramer, es el rechazo a la idea de que el derecho constitucional y su interpretación es una tarea difícil para el pueblo; iv) el tribunal está al servicio del pueblo y no es su maestro (Kramer, 2004b).

A pesar del criterio que asume Kramer, no adoptó una posición radical de eliminación de los jueces, ni tampoco pretende el desconocimiento de los fallos judiciales, lo que intenta es acabar con el monopolio judicial sobre la significancia de la Constitución, intentando establecer un diálogo entre las ramas del gobierno con el Tribunal Constitucional a la cabeza, y en el cual el pueblo tenga la última palabra para interpretar la Constitución, buscando de esta manera acabar con el protagonismo de los jueces, y elevar a esa categoría el papel del pueblo.

Otro de los *Founding Fathers* anunciados del constitucionalismo popular es Mark Tushnet, quien a sí mismo se autotitula como “padre fundador del constitucionalismo popular” (Tushnet, 2013), y centra su atención en el problema del control judicial de constitucionalidad en una serie de obras que concitaron un amplio interés dentro de la comunidad jurídica.

Mark Tushnet es uno de los críticos más destacados del control judicial de constitucionalidad. El autor es uno de los miembros de la corriente del constitucionalismo popular, que ha llamado la atención sobre lo que estima son los problemas del funcionamiento del control judicial constitucional en una comunidad política democrática, debido al carácter no directamente mayoritario de la institución. En su obra: *Taking the Constitution Away from the Courts* el énfasis lo hace en el control judicial, para luego en otras intervenciones, y en particular en *Weak Courts Strong Rights* centrar la atención en la forma “fuerte” de esta clase de control (Tushnet, 2009).

En *Weak Courts, Strong Rights*, el profesor de Harvard se centró en lo que denominó el control judicial “fuerte” y el “débil” (Tushnet, 2009). En el sentido “fuerte”, se priva a los órganos representativos de la oportunidad de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de una

ley formulada por los jueces, siendo la concreción institucional de la supremacía judicial (González, 2016). De esta forma, los representantes de la sociedad (políticos —congresistas en el caso colombiano—) están limitados por el control judicial para dejar sin efecto las decisiones de los jueces cuando interpretan la Constitución. Así, en el *strong judicial review*, las Cortes pueden revisar y anular las leyes expedidas por el legislativo, conservando la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Ejemplo de ello, es el modelo de los Estados Unidos, donde la Corte Suprema puede anular leyes dictadas por el Congreso y su decisión constituye cosa juzgada, siendo la última palabra. En términos de Tushnet, los políticos bajo esta forma fuerte están incapacitados para desplazar con facilidad las decisiones políticas que no desean, una vez que los jueces se decantan por una interpretación particular de la Constitución.

Por el contrario, en el *weak judicial review* o control judicial débil (Tushnet, 2009), se pueden adoptar distintas configuraciones institucionales, pero, a diferencia de la versión fuerte, en ninguna de ellas está previsto que la palabra de los jueces sea necesariamente la última respecto de todas las cuestiones involucradas. En *weak courts*, el enemigo principal es la supremacía judicial, no el control judicial constitucional como tal. Es decir, los tribunales revisan la conformidad de las leyes con la Constitución, pero el legislativo conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, como es el caso del modelo del Reino Unido donde los jueces, que encuentran incompatibilidad entre una ley y uno de los derechos consagrados en la *British Human Rights Act* de 1998 pueden hacer una declaración de incompatibilidad, que no tiene efecto y se convierte en un llamado de atención al Parlamento para que enmiende o elimine la incompatibilidad. En consecuencia, en el sentido “débil”, la palabra de los tribunales constitucionales no es necesariamente la última respecto a los temas debatidos.

Recapitulando, en el primer tipo de control judicial las Cortes pueden revisar y anular las leyes expedidas por el legislativo, conservando la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Por el contrario, en la versión débil del control judicial, la Corte revisa la conformidad de las leyes con la Constitución, pero el legislativo conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de una ley.

No debe olvidarse que Tushnet escribe desde una posición protodemocrática en contra del control judicial de constitucionalidad. Y si bien, no se observa que haya adoptado una concepción de la democracia, parece apoyarse más o menos en la defensa de una democracia representativa y en el principio de mayoría. En esa posición no se limita a refrendar la “dificultad contramayoritaria”, sino que concentra la atención en la tensión que se genera en una democracia cuando los jueces bloquean decisiones políticas tomadas por la mayoría (Bickel, 1986). Pero Tushnet va más allá, pues ve como una pérdida en varios frentes el hecho de que los jueces bajo el control judicial de constitucionalidad desplacen a los políticos en la toma de decisiones vinculadas con los valores constitucionales. En particular, cuando los jueces hacen interpretaciones omnicomprendivas de la Constitución que los legisladores no pueden ignorar. Tushnet sostiene que el control judicial puede socavar el interés de los legisladores por respetar los valores constitucionales, y por ende promover la irresponsabilidad política (Tushnet, 1999). Los legisladores saben que cualquier error que cometan será reparado por los jueces. De esta manera, el control judicial de constitucionalidad infantiliza a los políticos, y propicia la debilidad de la democracia, a esta crítica, el autor la identifica como el fenómeno “*judicial overhang*” o “voladizo judicial” (Tushnet, 2000).

Para este padre fundador del constitucionalismo popular, el control judicial de constitucionalidad, modifica las interpretaciones acerca de la Constitución, que es desplazada del

ámbito político para quedar reducida al entono de los jueces, perdiendo la capacidad de orientadora del cambio social, ya que los jueces se preocupan por cuestiones técnicas y no por las situaciones sustantivas de las cuales deberían ocuparse (Peabody, 2000). Todas estas circunstancias alejan a la ciudadanía de la Constitución e impiden que jueguen el rol transformador que deberían jugar. Concluye que, la Constitución debe ser arrancada de mano de los jueces. Por lo tanto, propone la erradicación del control constitucional, arguyendo que no es verdad que la Constitución se respeta y se cumple en mayor medida por los tribunales, ya que también cometen errores, y solo la gente a través de la política puede lograr la protección de sus derechos (Tushnet, 1999). Plantea el fortalecimiento de los derechos por medio del debilitamiento de los tribunales en cuanto al control judicial, siendo el enemigo principal la supremacía judicial no en sí el control judicial fuerte.

Otra de las ideas centrales de este profesor, se relaciona con la diferencia entre jueces y políticos a la hora de velar por la Constitución. Tushnet refiere a la relación entre representantes y representados, y si bien reconoce que los políticos responden a incentivos electorales, el autor asegura que al electorado le interesa lo que sus representantes realicen en materia constitucional. Por ello, asegura que los políticos se preocupan por permanecer en el cargo y, en consecuencia, deben honrar la Constitución, pues sufrirían las consecuencias electorales de no hacerlo, siendo compatible el respeto a la carta con los incentivos de legisladores y ciudadanos, y quedaría asegurado el juego de la política democrática, sin necesidad de que los jueces estorben (Tushnet, 2000).

Igualmente advierte que preservar el control judicial de constitucionalidad para casos extremos, significa permitirlo en casos ordinarios, y ello tiene sus costos (Tushnet, 2000). Por eso es que el control débil puede desbordarse fácilmente, a un punto tal que no es claro que pueda existir de manera estable en la práctica. Para Tushnet, el control judicial constitucional, pese a

tener algunos efectos, es básicamente una institución que opera en los márgenes de la vida política (Tushnet, 2000). Bajo estas afirmaciones, se extrae, que el control al que hace referencia no representa una diferencia práctica muy grande, para un lado o para el otro en términos de la protección de las libertades de los ciudadanos o de la introducción de cambios sociales significativos (Peabody, 2000).

Ahora bien, la crítica de Tushnet frente al control judicial de constitucionalidad deviene de su postura frente a dos de sus preocupaciones: la justicia social y la defensa de la democracia, siendo para este autor la conclusión más certera: la abolición del control judicial. Al respecto, advierte, que el control judicial modifica las interpretaciones populares de la Constitución y las desplaza del escenario político y las reduce al entorno de los tribunales, perdiendo la capacidad de fuerza orientadora del cambio social, lo cual aleja al pueblo de la carta de derechos, e impide que juegue un rol transformador, por lo cual asegura Tushnet, la Constitución no puede permanecer en poder de los jueces. Propone que el control judicial se limite a ser aplicado en casos excepcionales, como en casos de minorías o de opresión (Tushnet, 2000). Sin embargo, el problema radica en que una vez se coloca en manos de los jueces se ejerce de manera absoluta y total, debido a las teorías sobre el rol de los jueces y la interpretación de lo constitucional, y a los incentivos para agrandar su poder. Finalmente, señala que este control no produce grandes cambios y solo tiene un impacto modesto.

Recapitulando, para este catedrático es necesario quitar la Constitución de las manos de los jueces. Y no es que el control judicial sea insignificante, sino que la diferencia que hace es bastante limitada. Si bien acepta que dicha institución sería adecuada para proteger las precondiciones de un derecho constitucional popular como son: a) el derecho al voto, b) la posibilidad de criticar al gobierno y, c) la privacidad; así como para hacer frente a injusticias extremas, considera que en la

práctica sería imposible reducir a tal punto la tarea de los jueces. De ahí que, de un balance de los beneficios que otorga el control judicial, se incline por su erradicación.

A fin de entender en mejor medida la posición adoptada por el profesor Tushnet, no está por demás, referirse a su obra *Taking the Constitution Away from the Courts*, en la cual estableció una diferencia entre lo que denominó la Constitución “gruesa” y la “delgada”. Para el autor en la “*thick*”, se consagran los valores e ideas que merecen ser defendidos; mientras que en la “*thin*” se plasman los principios y garantías generales como la igualdad y libertad, y es en ella donde se debe pensar en la justificación o no del control judicial constitucional (González, 2016). Al respecto, Michelman (2006) señala que, la Constitución delgada de Tushnet es el núcleo básico de principios morales que el pueblo estadounidense reconocería como incontestables. Así, la Constitución delgada y el derecho populista orientan e iluminan a la sociedad cuando esta “piensa y discute hacia dónde debe dirigirse el país” (Tushnet, 2000, p. 665). Dichos principios han sido interpretados por los jueces, pero para Tushnet esas interpretaciones no son parte de la Constitución, pues se trata de principios no escritos. Para varios autores, la posición de Tushnet lo lleva a clasificarse como un iusnaturalista.

En conclusión, para Tushnet los argumentos que pretenden defender el control judicial — que la Constitución se respeta y se cumple en mayor medida gracias a los tribunales— no son convincentes, por lo que propone la erradicación de los jueces, pues asegura que cometen errores, y por ello, es necesario plantearse la posibilidad de que el pueblo logre la protección de los derechos a través de la política, quitando la Constitución de la mano de los jueces (Tushnet, 2000). Y simplemente, afirma, no es que el control judicial sea insignificante sino que es limitado, pues acepta que tal institución es adecuada para proteger las precondiciones de un derecho constitucional popular, como es, el derecho al voto, la posibilidad de criticar al gobierno y la

privacidad, así como para enfrentar las injusticias, aunque considera que en la práctica es imposible reducir la tarea de los jueces a tales extremos, por lo que concluyó que haciendo un balance de los beneficios que otorga el control judicial es mejor abolirlo (Niembro, 2013). Finalmente, aunque Tushnet cree en la política y en los grandes cambios que mediante su ejercicio se puede producir inclinándose hacia concederle mayor relevancia al papel del legislador, se aleja de las teorías de la democracia, y simplemente esporádicamente se refiere a ella, sin embargo, insiste en que las acciones políticas con la participación del pueblo es la forma de configurar el derecho constitucional.

1.5.2. El constitucionalismo democrático

Realizada una aproximación a las tesis expuestas por los *Founding Fathers* del constitucionalismo popular, se continuará con la clasificación de esta corriente presentada por Niembro, y acogida en este texto. Enseguida, se expondrán las principales ideas del “constitucionalismo democrático” formuladas por los catedráticos Robert C. Post y Reva B. Siegel.

La disertación comienza por señalar que, a los profesores de Yale les asiste una preocupación constante, en primer lugar, por la confianza progresiva de la adjudicación constitucional a los jueces, que convirtió a las Cortes en “foros de principios” (Dworkin, 1981), lugares privilegiados para la difusión de la razón humana (Post & Siegel, 2007); y en segundo lugar, en el cambio de actitud frente al control judicial de los llamados en la política norteamericana “progresistas” (Kende, 2006), que siguiendo al constitucionalismo popular comenzaron a argumentar que la Constitución debía ser sustraída de las Cortes y ser devuelta al pueblo (Waldron, 2006), mientras otros enfatizaban en la urgencia de la prudencia judicial y el minimalismo (Sunstein, 1999). Una de las tantas razones del cambio, explican los autores, deviene del temor de los “progresistas” de un ataque político y cultural de los “conservadores” (*backlash*),

que podría dañar sus valores (Kende, 2006), y crear una nueva derecha. De esta manera, se pasó de una excesiva confianza en las Cortes a la desesperanza.

Post y Siegel vislumbran una tensión entre el derecho y la política, por lo cual, propusieran un modelo de constitucionalismo popular denominado “constitucionalismo democrático”, con el objeto de analizar las prácticas a través de las cuales los derechos constitucionales han sido históricamente determinados en el contexto de la controversia cultural humana (Post & Siegel, 2007). Con dicho modelo, también pretenden que se observe al desacuerdo interpretativo como una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional (Post & Siegel, 2000).

Así, la premisa del modelo expuesto, determina que la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, es decir, de la habilidad que tiene para ser reconocida por el pueblo como su Constitución. Esta creencia se fundamenta en una tradición de participación popular, de activismo popular, que autoriza a los ciudadanos a hacer afirmaciones sobre el significado de la carta constitucional, a oponerse al gobierno, a elevar reclamos a través de procedimientos creados: el legislativo, el electoral y otras instituciones civiles, cuando consideran que no se respeta la Constitución, lo cual permite que el gobierno se resista y responda, originando intercambios de ideas que forman lo que es la Constitución (Post & Siegel, 2007). De cualquier modo, el pueblo no tiene porqué aceptar sin reparos las decisiones judiciales, ya que el debate popular sobre la Constitución infunde las memorias y principios de la tradición constitucional, que no se desarrollarían si los ciudadanos fueran pasivos ante las decisiones judiciales. De esta forma, el constitucionalismo popular se convierte en un mecanismo mediador entre el derecho constitucional y la cultura (Siegel, 2001). En este proceso, los tribunales juegan un papel jurídico-político que les es atribuido constitucionalmente (Post & Siegel, 2007).

Para estos autores, los tribunales son posibles colaboradores de las instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, así como un catalizador del constitucionalismo popular. De esta manera, las Cortes, si bien ejercen una cierta autoridad al declarar y ejecutar derechos —función que desempeñan en virtud de las normas constitucionales— siendo buscadas por el pueblo para que protejan sus valores y limiten al gobierno cuando se exceda, su legitimidad únicamente deviene de la confianza de los ciudadanos, pues si la interpretación que le dan a la carta diverge de lo sostenido por el pueblo, este se resistirá a las decisiones judiciales. Por lo tanto, la relación entre jueces constitucionales y democracia, tiene como punto de convergencia el fortalecimiento que los primeros pueden hacer a la segunda.

Los profesores de Yale, creen que la legitimidad tanto de la Constitución como de las Cortes dependen de la confianza que el pueblo tenga a cada uno de ellos. El significado de la Constitución proviene de la convergencia de patrones de intercambio entre el gobierno, las Cortes y el pueblo, el cual se resiste ante las decisiones judiciales cuando considera que se apartan del respecto que merece el compendio constitucional, por lo que empieza por buscar formas de dar a conocer las objeciones. Esas formas de resistencia se traducen en prácticas empleadas o patrones de resistencia, por ciudadanos y funcionarios públicos, que son estudiados por el “constitucionalismo democrático”, y que se usan como mecanismos de reconciliación en situaciones conflictivas judiciales (Post & Siegel, 2007). Dichas prácticas se concretan en múltiples canales que permiten la movilización histórica de los ciudadanos a favor o en contra de las decisiones judiciales para hacer cumplir el marco constitucional, las cuales, a veces responden a las pretensiones populares y otras se resisten, lo que les permite gozar de legitimación, pues aún la resistencia a una determinada interpretación aumenta su autoridad.

De la misma manera, Post y Siegel, ofrecen un constitucionalismo democrático que reconoce el rol del gobierno y la ciudadanía que se moviliza para hacer cumplir la Constitución, al tiempo que las Cortes usan la razón para interpretar la norma de normas, por lo que no buscan evitar que la Constitución resida en las Cortes, pues reconocen la importancia de la aplicación judicial de los derechos constitucionales en la comunidad política, pero aprecian el rol del pueblo que guía y legitima las instituciones y las prácticas de la revisión judicial.

En conclusión, los autores proponen un modelo para entender los esfuerzos estatales con el fin de hacer cumplir la Constitución en condiciones de controversia pública, reafirmando el rol del gobierno representativo y la ciudadanía que se moviliza en la tarea de hacer cumplir la Constitución, al mismo tiempo que reafirma el papel de las Cortes en la tarea de interpretar la carta constitucional. Es decir, este modelo, de una parte, reconoce el papel de los jueces en la aplicación de los derechos en la comunidad, apreciando el rol que desempeñan, y de otra, eleva el papel de la participación pública en el guiar y legitimar las instituciones y prácticas de la revisión judicial. De esta forma, a las Cortes se les atribuye una función de posible colaborador de las instituciones democráticas en la construcción del significado de lo constitucional y un catalizador del constitucionalismo popular, con lo cual la relación entre jueces y democracia, se presenta cuando los primeros fortalecen a la segunda (Post & Siegel, 2007).

Así las cosas, los académicos, otorgan un papel más significativo al poder judicial, no excluyente del constitucionalismo popular, pues para ellos, alguna forma de autoridad final de los jueces es necesaria para el Estado de derecho, pues aunque existe una tensión entre supremacía judicial y constitucionalismo popular, la democracia requiere de ciertas condiciones que deben ser garantizadas por los jueces con el fin de que los ciudadanos puedan participar de las deliberaciones (Niembro, 2013), y de esta forma influenciar el contenido del derecho constitucional. Lo

importante es encontrar un equilibrio (Post & Siegel, 2004) entre la labor de los jueces y la intervención del pueblo en la concreción del significado de lo constitucional. No buscan la erradicación de los jueces, ni siquiera del control judicial, simplemente una coexistencia, donde el pueblo no tiene que aceptar sin reparo las decisiones judiciales, debido a que el debate popular infunde las memorias y principios de la tradición constitucional (Post & Siegel, 2007).

1.5.3. Constitucionalismo popular mediado

Finalmente, en la clasificación de las corrientes de pensamiento que estructuran el constitucionalismo popular adoptada en este trabajo, se encuentra el “constitucionalismo popular mediado”, cuyo representante al tenor de Niembro, es Barry Friedman (Niembro, 2013) —aunque muchos discrepan de que la teoría de Friedman encaje en el constitucionalismo popular—, sin embargo, el mismo Friedman la clasifica como tal.

Para Friedman (2002) en la corriente popular convergen distintas posiciones que tienen un argumento común: la revisión judicial debe reflejar las opiniones populares sobre el significado de la Constitución. Al explicar el significado de dicha afirmación, Barry Friedman, en un artículo publicado en el número 101 de la *Michigan Law Review*¹⁷, refiere a las diversas posturas divergentes que existen en torno al control judicial de constitucionalidad, y a su premisa común: el carácter contramayoritario de su ejercicio, respecto del cual se queja por la falta de claridad de su significancia en el mundo académico. A pesar de esta situación, refiere que muchos estudiosos elogian dicha institución, porque creen que los textos constitucionales existen para limitar a la mayoría (Chemerinsky, 1987), pues los derechos constitucionales no pueden estar sujetos a la voluntad de la mayoría. Para quienes sostienen esto, el control judicial es deseable

¹⁷ Titulado: “*Dialogue and Judicial Review*”. Traducido al castellano por Margarita Maxit con colaboración de Ariel Romano.

normativamente. En el mismo texto señala que, otros académicos critican al control judicial porque interfiere con la voluntad mayoritaria. Bajo esta perspectiva, el gobierno representativo —como el colombiano— está destinado a reflejar las preferencias de las mayorías, por lo cual, cuando los jueces invalidan los actos gubernamentales, están interfiriendo incorrectamente con la democracia (Friedman, 2003). De esta manera, el profesor de la Universidad de New York, analiza las posturas mencionadas y advierte que las afirmaciones críticas al control judicial de constitucionalidad, se enmarcan en el constitucionalismo popular, cuya idea central gira en torno a que el control judicial debe reflejar los puntos de vista de los populares (Tushnet, 2000).

Roberto Gargarella al analizar la tesis expuesta por Barry Friedman en “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, advierte que la clase de constitucionalismo que pregona Friedman constituye una tesis descriptiva, que sostiene como en países, ejemplo Estados Unidos, el poder judicial cumple la tarea de: “identificar aquellos valores constitucionales que alcanzan amplio apoyo popular a lo largo del tiempo” (Gargarella, 2005, p. 163), constituyéndose esta en la premisa central de esta clase de constitucionalismo. Con el fin de entender el constitucionalismo popular mediado, Gargarella, explica que esta clase de constitucionalismo refiere a que la actividad de los jueces se desarrolla con una fuerte conexión en el sentir de la mayoría, toda vez que, las decisiones que toman tienden a resultar aceptables para la población, y si algunas decisiones judiciales generan desacuerdos, ello no se traduce en rechazo popular en relación con la práctica del control judicial. Es más, Friedman asegura que la ciudadanía valora la práctica de la revisión judicial de las leyes, y de presentarse un descontento mayoritario con alguna decisión proveniente del ejercicio del control judicial, el pueblo cuenta con herramientas capaces de conectar al poder judicial con el pensamiento popular.

De esta manera, Friedman sostiene que su tesis descriptiva permite establecer que el poder judicial dentro del denominado “constitucionalismo popular mediado” cumple la fundamental tarea de decir, aquellas interpretaciones judiciales de la Constitución que reflejan la voluntad popular en los diferentes intervalos de tiempo, sin que exista una relación directa (Friedman, 2005). También, asegura que el sistema norteamericano se fundamenta en esta clase de constitucionalismo popular, en el sentido que las interpretaciones judiciales reflejan las mayorías. Y adquiere, el calificativo de mediado por la manera en que el público recibe la información acerca de lo que los tribunales realizan, la manera en que el pueblo puede y efectivamente responde a las decisiones judiciales, y la medida en que los tribunales están al corriente de la opinión popular y la toman en cuenta (Gargarella, 2005). Según Gargarella (2005), en el texto párrafos atrás referido, lo que quiere decir Friedman con las ideas anotadas es que, los jueces no reproducen simplemente las opiniones mayoritarias dominantes en sus decisiones, es decir, no es un sistema judicial populista, sino otro sistema en que los jueces a pesar de la receptividad al pensamiento mayoritario, ponen distancia, porque institucionalmente se encuentran distanciados del fervor popular, por lo que las sentencias se conectan con la voluntad mayoritaria, pero no impropriadamente. En consecuencia, existe tanto una “conexión” como una “distancia” entre la revisión judicial y la opinión pública. De esta manera, el control judicial está justificado y no es contrario a la voluntad mayoritaria, puesto que no hay separación deliberada de los tribunales y el pueblo.

También explica el profesor argentino, que el carácter de mediado deviene, en primer término, de que los jueces no son elegidos popularmente. Segundo, de la relación de los ciudadanos con el tribunal, y como ejercen su control a través de sus representantes, y no en forma directa; y Tercero, de la comprensión pública de que, lo que hacen los jueces se encuentra intermediada por los representantes y por otros filtros, como los medios de comunicación (Gargarella, 2005).

En cualquier caso, para Friedman el panorama antes descrito resulta relevante tanto descriptivamente como normativamente, pues permite controvertir entendimientos acerca de la revisión judicial que la presentan con una característica divergente ante la opinión popular, y que con el argumento de la “dificultad contramayoritaria” la hacen difícil de sostener en un sistema democrático, donde las mayorías, y no los jueces, son quienes deberían estar a cargo del gobierno. El profesor de la Universidad de New York contra dicha crítica pregonaba, que en la práctica tal contradicción entre voluntad popular y decisión judicial no se presenta, existiendo una sintonía entre ambas restando validez a la crítica contramayoritaria.

Así, para Friedman, el control judicial está justificado y no es contrario a la voluntad popular, pues los tribunales no se separan deliberadamente de la sociedad, más bien interactúan con ella a través del diálogo, en el que involucran a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución. Por lo tanto, considera que la idea de un tribunal contramayoritario en Norteamérica es una exageración, pues los jueces reflejan la voluntad de las mayorías, del pueblo, con el paso del tiempo. También asegura que los jueces constitucionales tienen dentro del sistema, el papel que el pueblo le ha permitido jugar, por lo que considera como un error, decir que los jueces le han quitado la Constitución a la ciudadanía (Friedman, 2009).

De esta forma el catedrático, advierte que, si bien las decisiones judiciales deben reflejar las preferencias mayoritarias y ser respaldadas por el pueblo, la Constitución no puede significar solo lo que la mayoría quiera, ya que en ocasiones debe desviarse, lo contrario se equipararía con la política común. Al parecer de Niembro, el profesor norteamericano, considera que el carácter contramayoritario del control judicial obvia el proceso de interpretación; es decir, el proceso dialógico donde los poderes se encuentren involucrados, y en el cual la tarea de los jueces es

facilitar y moldear ese diálogo (Niembro, 2013). De esta manera, en la realidad no existe un enfrentamiento entre las instituciones por lo que es innecesario legitimar el control judicial.

En conclusión, para Friedman, es poco lo que los constitucionalistas populares tienen en mente. El movimiento ha sido notoriamente impreciso en lo que respecta a sus objetivos finales (Friedman, 2005). En cualquier caso, para este autor, el control judicial se encuentra justificado y no es contrario a la voluntad popular, y actúa mediante el diálogo inevitable, en el que involucra a la ciudadanía y los otros poderes en la interpretación de la Constitución (Niembro, 2013). Además, de facilitar el diálogo, los tribunales, sintetizan las visiones constitucionales de la sociedad, enfocan el debate, organizan ideas, tamizan los temas a discutir, y presionan para que otras organizaciones participen de la discusión (Friedman, 1993). En resumen, lo que hacen los tribunales es determinar la forma en que continúa el diálogo después de la sentencia, optando por una de las interpretaciones en pugna (Friedman, 1993). Lo importante no es el papel que juegan los jueces sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones (Friedman, 2009). De esta manera, el profesor de la Universidad de New York cuestiona que los tribunales tengan la última palabra, porque la ejecución de la sentencia no es automática. Son varias las formas de evitar la ejecución de las sentencias. Por tanto, considera que el poder judicial no tiene la última palabra en la interpretación porque las sentencias no tienen efecto inmediato, siendo una cosa lo que digan los jueces en sus providencias y otra lo que en realidad sucede (Friedman, 1993).

Finalmente, Barry Friedman niega que en Estados Unidos exista supremacía judicial. Sostiene el carácter contramayoritario del control judicial. Habla del carácter mayoritario en dos sentidos: sustantivo y procedimental. El primero se mide según los resultados y las fuentes. Y tiene en cuenta si las decisiones de los jueces se apegan a las preferencias del pueblo. Y si dichas

decisiones residen en pruebas esas preferencias. El segundo, hace alusión a la responsabilidad del control frente a las mayorías (Friedman, 1993).

Capítulo II

2. El carácter contramayoritario del juez constitucional

2.1. Introducción: el control constitucional y la supremacía judicial

En el capítulo anterior se hizo una descripción de la tesis del constitucionalismo popular, y se destacó que dicha teoría, al decir de uno de sus padres fundadores Larry Kramer, centra la atención en la *judicial supremacy*, por lo que resulta necesario distinguir entre control de constitucionalidad, revisión judicial y supremacía judicial. Según Kramer, esta última se refiere a la noción conforme a la cual, los jueces tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la Constitución, determinando sus decisiones el significado de la misma para todos (Kramer, 2004b). De otra parte, Waldron (2006) entiende por supremacía judicial una situación en la cual i) los tribunales resuelven temas importantes para todo el sistema político; ii) esas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes para todos los actores del sistema político y iii) los tribunales no tienen deferencia por las posiciones asumidas sobre esos temas por las otras ramas del poder.

La supremacía judicial, entendida como la facultad de los tribunales de fijar la interpretación constitucional con un criterio vinculante, es el objeto de estudio en esta investigación. De esta manera, el problema del control judicial de constitucionalidad¹⁸ en que se centra este trabajo radica en la interpretación de la Constitución que hacen los tribunales constitucionales, que suele convertirse por decisión de los propios jueces en un discurso cerrado y monológico, en tanto son concebidos como intérpretes supremos, que tienen la última palabra. Es necesario clarificar que la relación entre la última palabra interpretativa y el control judicial

¹⁸ Zurn (2007), explica que cuando se discute sobre la *judicial review* es necesario distinguir entre la protección individual de los derechos fundamentales en casos concretos y la revisión constitucional de las leyes, pues la defensa de la segunda función no puede derivarse, sin más, de la primera (pp. 292-203).

constitucional de la ley es muy cercana, a tal punto que muchos consideran que es el factor que da pie a la objeción contramayoritaria (Friedman, 1993). Al respecto, Kramer (2011) señala que, desde sus orígenes se presenta una confusión y mezcla entre la *judicial review* y la supremacía judicial.

De otra parte, Niembro (2017) señala que, uno de los problemas de la supremacía judicial es establecer la diferencia entre última palabra interpretativa y última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Dicha distinción es importante, pues cuando se discute sobre quién debe tener la decisión final, ambas figuras suelen confundirse o tratarse indistintamente. Este mismo autor advierte que resulta indispensable determinar quién tiene la última palabra interpretativa, siendo fundamental para saber qué tipo de respuesta legislativa es procedente frente a una declaración judicial de inconstitucionalidad. Y añade que, la última palabra interpretativa se refiere a quien tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. Agrega que, si un tribunal tiene atribuida la última palabra interpretativa, la doctrina que dicte en cualquier asunto, sea o no de constitucionalidad de la ley, es vinculante para las otras ramas del poder. Mientras que la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, refiere a que tiene la facultad de decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución (Niembro, 2017).

Así las cosas, la supremacía judicial y la revisión judicial de las leyes como problemas del control judicial de constitucionalidad se encuentran ligados uno del otro, no pueden subsistir solos, pues resultan imposible determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley respecto a la Constitución sin interpretarla. Por tanto, se hablará en este apartado del origen del control judicial de constitucionalidad, que en principio se encuentra atado a la revisión de la ley,

advirtiéndolo, que se mezcla y confunde con la supremacía judicial, siendo la *judicial review*, la facultad del Tribunal Constitucional para declarar la invalidez o desaplicación de una ley aprobada por un órgano del Estado democráticamente electo; este carácter ha sido calificado como “contramayoritario”, porque supone que es contrario a la voluntad popular, expresada a través de la asamblea legislativa.

Con base en lo expuesto, este capítulo tiene varias partes. La primera tiene que ver con los fundamentos del control constitucional, en los cuales se destaca, en un primer punto, el origen del control constitucional, específicamente, la revisión judicial en el cual se describe su nacimiento y el camino recorrido en el tiempo. La segunda parte, se hace alusión a la justificación a la existencia del control constitucional, revisando cuáles son las razones porque el pueblo tolera el ejercicio de la supremacía judicial por parte de los jueces y permite que la decisión que adopten sobre un determinado tema no solo constituye la última palabra en la interpretación, sino que es vinculante. Para estudiar este punto, se propone cuatro ejes básicos sobre los cuales se considera gira en torno la permisividad sugerida, los cuales son: i) la crisis del órgano legislativo con respecto al cual predomina la desconfianza debido a la poca credibilidad que tiene ante la sociedad y que ha propiciado que los jueces se encumbren en el más alto de los podios en la interpretación constitucional. Por ello se abordarán posiciones teóricas y prácticas que justifican la intervención judicial en la actividad legislativa, mediante el ejercicio de la función de control de constitucionalidad; ii) la confianza en el razonamiento judicial debido a la calificación en los temas de quienes ejercen el rol de jueces, junto a la imparcialidad al decidir en un contexto alejado de los vínculos políticos; iii) otro motivo que se trató, es la protección de los derechos de las minorías mediante el control de constitucionalidad. Se asume el control constitucional como mecanismo para garantizar las prerrogativas de participación política de las minorías, y sobre este tópico se

hace alusión a la posición adoptada por John Ely; y iv) la irrazonabilidad de las mayorías, pues se consideran que son apasionadas y no tienen la habilidad para decidir, por lo que se estudian diversas posturas al respecto. La tercera parte, se refiere a los argumentos expuestos para contradecir la supremacía judicial, es por ello, que se recurre a la teoría de Bickel bajo el punto de vista de Carlos Alberto Agudelo, y a la democracia deliberativa expuesta por Gargarella.

2.2. Fundamentos del control constitucional

Se puede decir que, en sentido instrumental, el control de constitucionalidad es un conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar su carácter normativo, a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de las personas en un Estado, así como a permitir la realización de las reglas, principios, valores e instituciones propias de un Estado constitucional democrático (Quinche, 2013). Es por lo anotado, y advirtiendo que el control constitucional tiene como problemas principales la *judicial review* y la supremacía judicial, que se hace necesario referirse al origen del mismo, para luego precisar las razones por las cuales se justifica la existencia de esta clase de control por parte de los jueces y los argumentos que en cierta medida atacan la supremacía judicial.

2.3. Origen del control constitucional

El sistema del control constitucional, específicamente la revisión judicial de las leyes, tiene origen en los Estados Unidos en el siglo XVIII. Como características de este periodo, se tiene el crecimiento del poder judicial paralelo al crecimiento del poder, y la influencia de la ciudadanía en las llamadas legislaturas locales (Gargarella, 2011). A partir de la Revolución norteamericana de 1776, las asambleas legislativas que representaban la voluntad de la ciudadanía y funcionaban como eco de las reclamaciones sociales de ese tiempo, se reunían a discutir los problemas en los *town meetings*, donde la comunidad deliberaba y adoptaba decisiones consensuadas, que eran

elevadas ante las asambleas legislativas de cada Estado, y contra las cuales se ejercía presión por parte de sus representantes.

Independizada Norteamérica, los ciudadanos elevaron reclamaciones debido a su precaria situación económica y endeudamiento. Tanto propietarios como mercaderes estaban obligados a saldar cuentas con los ingleses, y para ello presionaron a sus deudores —entiéndase campesinos, artesanos, etc. —para que les pagaran lo debido en efectivo. Esta situación, dio lugar a una cadena de reclamos tendientes a que se ordene la emisión de papel moneda, lo que prometía una solución a la problemática y el fin de los enjuiciamientos a los que eran sometidos los deudores por parte de sus acreedores y que originó un movimiento antijudicial (Gargarella, 2011). La petición de los deudores era obligar a la legislatura a expedir leyes que autorizaran la emisión de papel moneda con la cual podían pagar sus deudas, petición rechazada por los acreedores.

Fue tal la magnitud del movimiento contra los jueces, como el promovido por Daniel Shays en Springfield (Gargarella, 2011), que obligó a las legislaturas locales a la expedición de leyes que autorizaron el uso de papel moneda como forma de pago de las deudas. Este éxito de las mayorías sobre las minorías produjo una preocupación en las élites con poder, ya que dicho triunfo provenía de la fuerza de la ley y no de la anarquía. Las mayorías habían logrado su objetivo por medios legítimos, lo que, angustió a la minoría conservadora. Según S. Patterson (1981), a mediados de la década de 1780-1790 había una total conexión entre la voluntad de las asambleas populares y las asambleas legislativas, lo cual constituía una temible novedad para la clase dirigente de entonces, que podía ser oprimida por una mayoría (Patterson, 1981). Uno de los padres fundadores de Estados Unidos, Alexander Hamilton, denunció la “usurpación del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en

dictadores perpetuos” (Hamilton *et al.*, 2001, p. 10), y advirtió: “no hay tiranía más opresiva que aquella emanada de una mayoría victoriosa” (Hamilton *et al.*, 2001, p. 10).

Ante la amenaza del poder legislativo dominado por una mayoría que representaba el querer del pueblo, se inició por parte de la clase dirigente, una evaluación de dicha coyuntura presente entre los años 1780-1786, llegando a la conclusión de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable imprudencia y por tal razón debían ser limitadas. Desde ese momento se empezaron a elaborar una serie de ideas acerca de cómo funcionaba y debía funcionar la política, y cómo se debía organizar la sociedad (Gargarella, 2011). Entre esos razonamientos, prevalecieron aquellos que buscaban frenar el abuso de las mayorías legislativas ante la supuesta existencia en la política de “algunos pocos principios verdaderos que no podían ser percibidos por la ciudadanía común” (Gargarella, 2011, p. 44), es decir, de algunas verdades primarias que no podían ser advertidas por el pueblo. Para Locke, el pueblo se encontraba en incapacidad para detectar tales principios debido a diversas causas, como la carencia de tiempo hasta la falta de capacidad para razonar (White, 1989). Al respecto, Hamilton en el *Federalista* No. 31, sostuvo:

En las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento, y que se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto es porque existe algún desorden o defecto de los órganos perceptivos, o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio. (Hamilton *et al.*, s.f., p. 120)

De esta manera, se comenzaron a elaborar por la clase dirigente norteamericana razones más profundas en apoyo a las críticas a las asambleas populares, ejemplo de ello son las afirmaciones tendientes a señalar que las mayorías se inclinaban a actuar irracionalmente, ya que

actuaban guiadas por las pasiones y “tenían una propensión a dejarse seducir por demagogos y politiqueros” (Gargarella, 2011, p. 46). Hamilton en el Federalista No. 76, decía que toda organización colectiva era propensa hacia la irracionalidad debido a las múltiples opiniones, sentimientos e intereses que la perturban y desvían. Al respecto, Madison (como se citó en Gargarella, 2011), manifestó:

Cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades. (p. 46)

Esas afirmaciones y otras más, como aquellas en las cuales se advertía que solo individuos especialmente virtuosos podían conocer y proteger adecuadamente la Constitución eran comunes¹⁹.

Sobre el particular, James Madison en sus escritos y discusiones, expuso su temor a que las mayorías tiendan a despojar y esclavizar a las minorías, y criticó la sugerencia de adoptar el “interés de la mayoría como el estándar político de lo que está bien y mal” (Hamilton *et al.*, s.f.)²⁰. La articulación de todas las teorías de Madison, aparecen en el Federalista No. 10, uno de los textos más importantes e influyentes de la historia política. En el escrito Madison formuló dos postulados: i) el nuevo orden institucional debía estar orientado a impedir los actos de las facciones; y ii) los comportamientos facciosos representaban tendencias propias e inevitables de las asambleas legislativas. Para Madison las “facciones” estaban constituidas por cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actuaban por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad (Gargarella, 2011).

¹⁹ Las declaraciones de este tipo entre la clase dirigente norteamericana eran interminables.

²⁰ Carta de Madison a James Monroe del 5 de octubre de 1786.

De acuerdo con Madison, la opresión proviene de las mayorías, mas no de las minorías, nunca pensó en la posible existencia de una tiranía de las minorías, es por ello, que se concentró en remediar el peligro inminente que representaban las asambleas legislativas carente de controles. Con base en lo narrado, es necesario precisar que, en el contexto histórico descrito, las discusiones constituyentes norteamericanas giraban en torno a las minorías para referirse a un solo grupo de la sociedad, que era el de los acreedores o grandes propietarios —grupo más favorecido de la sociedad con poder— (Gargarella, 2011).

De lo anterior, no es posible derivar que la Constitución norteamericana haya tenido por objeto consagrar institucionalmente una dictadura de la minoría, sino más bien permitió establecer que los principios políticos dominantes en esa época fueran los siguientes: i) evitar las tendencias facciosas de las mayorías; y ii) posibilitar que entre el sector mayoritario y el más aventajado de la sociedad exista igualdad de influencia en el sistema político. En opinión de Madison, la sociedad estaba dividida en diferentes grupos, siendo la más importante de estas divisiones, la que existía entre los ricos y los pobres. En la Convención Federal, señaló: “en todos los países civilizados la gente se divide en diferentes clases ...”. Habrá así [divisiones entre] acreedores y deudores, granjeros, mercaderes y fabricantes. Pero particularmente existirá una división entre ricos y pobres” (Madison, 1787, p. 422-423). Este padre fundador enfatizó en esta idea, acogida por los principales dirigentes políticos desde la convención constituyente. De igual manera, Hamilton compartía esta opinión, sin embargo, aclaraba que acreedores y deudores debían contar con igual poder de influencia política. El medio que se encontró apropiado para obtener este objetivo lo constituyó el denominado sistema de “frenos y contrapesos”, que consistía en proveer a cada uno de los poderes medios capaces de restringir los posibles abusos de las otros.

El sistema de “frenos y contrapesos” se construyó con el objeto de que, las diferentes áreas del poder, parcialmente separadas entre sí, fueran capaces de controlarse entre ellas. Lo que explicaba el veto presidencial, la capacidad de cada Cámara de vetar las decisiones de la otra, el veto ejecutivo y el control judicial que aparecería en forma posterior a la sanción de la Constitución (Gargarella, 2011). Sobre este tópico, en las convenciones constituyentes que se llevaron a cabo en Filadelfia entre mayo y septiembre de 1787, se dejó claro en los debates entre federalistas y antifederalistas, que era necesario limitar los atropellos de las legislaturas, y el poder judicial debía participar en esa tarea. En consecuencia, eran los jueces quienes debían asumir esa función de contrapeso y freno a las decisiones de las mayorías legislativas.

Madison, resaltó el papel que podían cumplir los jueces, tanto como freno contra la persecución de las medidas injustas y poco sabias que podían imponer las asambleas legislativas, como para prevenir los seguros avances del legislativo respecto a otros poderes (Farrand, 1911). De esta forma, se pretendía el control del legislativo, ante la proposición de aparentes leyes injustas y perniciosas, mediante la labor de prevención que debían cumplir los jueces. Este cuarto presidente de lo Estados Unidos también dijo —en el Federalista No. 49— que los jueces en la Constitución iban a ser conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo, lo cual era visto como algo favorable, y por la manera como iban a ser nombrados, su naturaleza y duración estarían lejos del pueblo para participar de sus simpatías (Gargarella, 2011).

En ese mismo sentido, James Iredell bajo el pseudónimo de An Elector, defendió en un artículo de un periódico de North Carolina el poder de los tribunales de anular o de no aplicar leyes que era contrarias a la Constitución. Para este juez del Tribunal Supremo, la presencia de un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador era no solo necesaria, sino lógica y natural, y los jueces eran los perfectos candidatos, de esta forma lo citó Kramer (2004a):

Por esta razón, un acto de una asamblea, inconsistente con la Constitución, es nulo y no puede ser obedecido sin desobedecer la ley superior a la que previamente nos encontramos. Lo jueces, por tanto, deben entender el riesgo de que cada ley que defienden como válida esté respaldada por la Constitución, pues si no lo está, actúan sin autoridad legal. Este no es un poder usurpado o discrecional, sino uno resultante de la configuración del supuesto, de ser ellos jueces para el beneficio de todo el pueblo, no meros sirvientes de la asamblea. (p .60)

En el Federalista No. 78, Hamilton reiteró los argumentos expuestos por Iredell, exaltando la independencia de los jueces como necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales. Concibió a la judicatura como un cuerpo intermedio situado entre el pueblo y el legislativo, que la convertía en el poder menos peligroso y el mejor posicionado para actuar como mediadora entre el Estado y el pueblo:

Si existiese una discrepancia irreconciliable entre las dos, aquella que posee la mayor obligatoriedad y validez debería, por supuesto, ser preferida; en otras palabras, la Constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. (Hamilton, como se citó en Gargarella, 2011, p. 60)

Si bien quedó claro en las discusiones constitucionales de ese tiempo como iba a funcionar el poder judicial, y el surgimiento del control judicial, lo cierto es que permanecieron muchas dudas al respecto. En particular, seguían estando borrosos los alcances del control judicial, los cuales con base en leyes posteriores y la práctica judicial fueron precisados (Gargarella, 2011). Es así como fueron varios los casos que permitieron consolidar la institución del control judicial de constitucionalidad, siendo el que mayor difusión ha tenido porque se considera que definió buena parte de la historia de la revisión judicial, el caso *Marbury vs. Madison*. Sin embargo, debe precisarse que la *judicial review*, empezó a consolidarse de tiempo atrás con otros casos, de los cuales se hablara enseguida.

Uno de los primeros asuntos donde se puso en cuestión la constitucionalidad de las leyes fue en el caso *Hajburn* de 1792, relacionado con la validez de las pensiones de guerra, sin embargo, el Congreso modificó la ley impugnada (Gargarella, 2011). Otro fue el de *Vanhorne's vs. Dorrande*, donde se sostuvo que la Constitución es la suprema ley de la tierra, soberana frente al poder legislativo, y solo puede ser revocada por el poder que la hizo, y todos los actos de la legislatura deben ser conformes a ella (González, 1930). También se encuentran los casos de *Hylton vs. Estados Unidos*, donde la Corte señaló que era necesario decidir contra la ley cuando fuera incompatible con la Constitución. En *Ware Administrator vs. Hylton*, se enfatizó en la primacía de la Constitución (Gargarella, 2011). Así mismo, casos como *Cooper vs. Telfair*, en el cual el juez de la Corte Chase, señaló que:

De hecho, es opinión en general de los jueces, expresamente admitida por este tribunal, y por alguno de los jueces de la Corte que se han manifestado, individualmente en los Circuitos, que la Corte Suprema puede declarar inconstitucional, y por tanto inválida, una ley del Congreso. Pero, rápidamente agregaba, no hay ninguna decisión de la Corte Suprema al respecto. (Kramer, 2011, p. 150)

En cuanto al caso *Marbury vs. Madison*, su importancia radicó en la trascendencia política que contenía. Además, las circunstancias en las cuales se decidió *Marbury* aumentaron la importancia del caso e hicieron que su reputación crezca, si no hasta el punto de justificar una alabanza heroica del pasado, sí al menos para hacer su reputación más merecida de lo que está de moda reconocerle en los círculos revisionistas (Kramer, 2011). En este caso el escenario fueron las elecciones de 1800 en Estados Unidos, en las cuales el margen de Jefferson y Burr (republicanos) sobre John Adams (federalista) en el Colegio Electoral fue de 73 a 65, lo que obligó a Adams a dejar la presidencia.

El sucesor en la presidencia iba a ser Thomas Jefferson, quien debía posesionarse en marzo de 1801. Antes de las elecciones mencionadas, los federalistas superaban en escaños a los republicanos en la Cámara de Diputados, y después de los comicios perdieron el poder ejecutivo y legislativo. Adams, dispuesto a no perder el poco poder que le quedaba a su partido, designó a su Secretario de Estado John Marshall²¹, como juez de la Suprema Corte. El 13 de febrero de 1801, el Congreso convirtió en ley: la *Judiciary Act*, con la cual se crearon nuevos jueces y una cantidad de cargos en el distrito de Columbia.

La nueva administración entraría a tomar posesión a las 12:01 a.m. del 4 de marzo, esto implicaba que los federalistas tenían menos de tres semanas para seleccionar, nominar y confirmar todos los jueces y personal de apoyo²². Adams el último día de su mandato paso el tiempo firmando designaciones judiciales y poderes preparados por su Secretario de Estado Marshall quien, para ese momento, ya ocupaba el cargo de presidente de la Corte Suprema. Elegidos los jueces se realizó su confirmación por parte del Senado, quienes firmaban las comisiones, y luego bajo la responsabilidad de Marshall quedaba el trámite de oficializarlas imprimiéndoles el sello de los Estados Unidos y la coordinación de su entrega. El encargado de las notificaciones era el ahora juez Marshall. Los poderes se entregaron, pero algunos jueces de paz todavía no lo recibían cuando se agotó el tiempo, entre dichos jueces, se encontraba William Marbury. Cuenta la leyenda que Marshall estaba en su oficina desesperado firmando cuando el abogado General de Jefferson, Levi Lincoln, abrió las puertas e irrumpió llevando consigo un reloj que mostraba que eran la medianoche del 3 de marzo de 1801²³ (Turner, 1965).

²¹ Marshall no era abogado ni juez, sino que era un militar que había combatido en la guerra de Independencia, había seguido un breve curso de derecho, y había participado en la convención de ratificación de la Constitución.

²² La historia de cómo se llevaron a cabo estas designaciones se encuentra en Turner (1961, p. 494).

²³ Muchos autores como Albert Beveridge lo califican como un relato absurdo.

Asumiendo el mandato presidencial, Jefferson nombró a Madison como Secretario de Estado. Jefferson estaba furioso con Adams por las designaciones de los jueces de último minuto (*midnight judges*), sin embargo, en su posesión apenas aludió a la cuestión, guardando una postura prudente. Lo que no ocurrió en el discurso inaugural del Congreso, donde refirió que la porción del sistema judicial recién establecida sería puesta a consideración del legislativo²⁴. Esta afirmación fue considerada por algunos historiadores como la evidencia de que Jefferson intentaba derogar la *Judiciary Act* de 1801 (Kramer, 2011).

El 16 de diciembre de ese año, al Secretario de Estado, James Madison, le fue notificada la formulación de una moción ante la Corte Suprema, por la cual se le exigía demostrar la causa por la que el *writ of mandamus*, orden judicial necesaria para notificar la designación de un juez, no debía ser emitida, y se le ordenaba expedir los poderes a los jueces de paz: William Marbury, Dennis Ramsay, Robert R. Hoopes y William Harper²⁵. Realizado el reclamo, Marbury alegó a su favor la aplicación de la *Judiciary Act*, que autorizaba a la Corte dictar actos de nombramiento como el que pretendía obtener. Sin embargo, Madison hizo caso omiso a la moción de la Corte, lo que complicaba el panorama para adoptar una posición por parte de Marshall como presidente de dicho tribunal. A pesar de ello, Marshall tenía como salida para negar la petición de Marbury, citar el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 que establecía la carencia de jurisdicción de la Corte para expedir el *writ of mandamus*, y solo la contemplaba en casos excepcionales donde tuviera jurisdicción. Sin embargo, Marshall fue más allá, y realizó una labor interpretativa para alcanzar el resultado que logró a través del ejercicio del control judicial de constitucionalidad (Kramer, 2011).

²⁴ Primer mensaje anual (8 de diciembre de 1801) (En Leicester Ford (1898), pp. 108-123).

²⁵ National Intelligencer, 21 de diciembre de 1801 (tomado de Kramer, 2011).

Se cuenta que, ante el ataque de los republicanos por más de cinco años contra los tribunales federales, mediante numerosas denuncias, y una vez, derogada el 3 de marzo de 1802 la *Judiciary* de 1801. Marshall debido al cuestionamiento que se hacía de la autoridad de la Corte Suprema y del concepto del control judicial de constitucionalidad por parte de los republicanos, que compartían al respecto la teoría más moderada de Jefferson, decidió dejar constancia del control judicial de constitucionalidad —no establecer su existencia, sino desarmar un movimiento en su contra para deslegitimarlo— (Kramer, 2011). Fue así, como Kramer en el libro, tantas veces citado en este trabajo de investigación, señala que las circunstancias de Marbury llevaron a Marshall a escribir con precaución sobre la competencia de la Corte de anular la legislación de forma conservadora.

Para la época, muchos federalistas empezaron a abrazar una teoría del control judicial de constitucional más amplia, que comprendía la supremacía judicial, o la tesis de que los jueces tenían la última palabra en lo concerniente a la interpretación constitucional y que sus decisiones determinaban el significado de la Constitución para todos. Marshall en forma precavida y conociendo que Jefferson iba a desobedecer su orden de nombrar juez a Marbury, optó por la decisión de rechazar la petición de *mandamus*, con lo cual aseguraba el respaldo de Jefferson a la sentencia. De esta manera, ofreció una aplicación directa de los principios aceptados por los republicanos, entre ellos: la Constitución es la ley suprema y principal, por lo que una ley contradictoria con la Constitución es nula; y respecto a su validez dijo: “Constituye enfáticamente un deber del poder judicial y es de su competencia, decir qué la ley es” (Petracchi, s.f., p. 302). En uno de los párrafos más sobresalientes de la sentencia Marshall (como se citó en Maraniello, s.f.) sostuvo que:

Hay dos alternativas - demasiadas claras para ser discutidas-: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierto la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. (p. 13)

De esta manera, al decir del catedrático Carlos Agudelo, la astucia de Marshall permitió la justificación de la *judicial review* y generó alternativas políticas para los dos partidos que luchaban por el poder. La interpretación de Marshall de un artículo de la Constitución lo condujo a mostrar que estaba por encima de las leyes, a defender la supremacía constitucional, y a darle rienda suelta a la *judicial review* para que los jueces fuesen defensores de la Constitución y la democracia. Sin embargo, el mismo autor analizando la lectura de Bickel, extrae que, la *judicial review* no se encuentra representada en el caso *Marbury vs. Madison*, señalando que no es el mejor de los casos para instruir a los jueces sobre cuándo intervenir judicialmente. Añade, que la *judicial review* es una construcción que se ha dado a través de los casos judiciales americanos, no se ha originado con un solo hecho institucional, y se constituyó a finales del siglo XVIII, comienzo del siglo XIX y todo el siglo XX (Agudelo, 2014).

Lo anterior se explica en aquellos primeros casos donde se pretendía ejercer el control judicial de constitucionalidad, como *Homes vs. Walton* de 1780, cuando la Corte Suprema de New Jersey se basó en fuentes y tradiciones que respetaban las “Leyes Aplicables” del siglo XVII para rehusar a aplicar una ley estatal que exigía que los realistas, cuya propiedad había sido incautada,

cuestionaran la incautación frente a un jurado de seis personas (Moore, 1990). Y en asuntos posteriores a *Marbury vs. Madison*, como *Trvett vs. Weeden*, en el cual James Varnum citó un precedente normado, al urgir al tribunal a aceptar su jurisdicción para decidir si una ley que negaba por completo el juicio por jurados violaba la Constitución estatal (Varnum, 1787). También en los casos *Martin vs. Hunter* y *Cohens vs. Virginia* que se decidieron en 1816 y 1821 respectivamente, se asumió un papel paralelo en cuanto a la *judicial review* (Agudelo, 2014). Los casos citados junto a *Allgeyer vs. Louisiana* de 1897, vislumbran el ataque de los movimientos conservadores contra las decisiones liberales de la Corte Suprema, que continuaron fortaleciendo la doctrina de la *judicial review* y manteniéndola presente en el panorama jurídico de la década de 1890.

Con el fortalecimiento de las doctrinas sobre el control judicial de constitucionalidad en virtud del transcurso del tiempo, y su presencia en los momentos en que se evidenciaba una crisis económica, durante la cual urgía el afán de procurar una recuperación, se atribuyó al Estado un papel intervencionista en las relaciones capital-trabajo y en la inversión pública, lo que llevó a la adopción de una legislación que establecía límites a la jornada laboral (*Lochner vs. New York*, 1905), y en 1929 fijaba salarios mínimos (*West Coast Hotel vs. Parrish*, 1937), y establecía una escala de precios de los productos para la venta (*Nebbia vs. New York*, 1934), medidas legislativas que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el derecho a la libertad protegida por la Enmienda Catorce de la Carta de Derechos, y fue así, como a partir de estos fallos aparecieron otros, que marcaron la continuación del activismo y progresismo judicial, como *Carter vs. Carter Coal Co.* de 1936, que finalizó con el caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* de 1937.

En esta época, que abarca desde 1897 a 1937 en la historia legal estadounidense, la Corte sistemáticamente declaró inconstitucionales normas de contenido social y económicas, por

hallarse en contravía de las libertades protegidas por la Constitución, a este periodo se le denominó la era *Lochner*, la cual finalmente sucumbió cuando la tendencia de la Corte a invalidar las regulaciones laborales y del mercado entraron en conflicto directo con los esfuerzos regulatorios del denominado *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt. La era *Lochner* significó para Matthew J. Lindsay (2010) en una interpretación condescendiente:

La era de *Lochner* se entiende mejor no como una borrachera políticamente motivada de activismo judicial, sino más bien como un esfuerzo sincero y de principios, aunque a veces anacrónico, para mantener una de las distinciones centrales en el derecho constitucional del siglo XIX: la distinción entre regulación económica válida”. Calculado para servir al bien general y la legislación de “clase” inválida diseñada para extender privilegios especiales a una clase favorecida de beneficiarios. (p. 123)

Chemerinsky (2011), destaca que durante el apogeo de la era *Lochner* (1890-1940), que recibe su nombre por el caso *Lochner vs. New York*, los tribunales Taft y Hughes invalidaron repetidamente la legislación progresista. Este autor, además hace referencia a uno de los progresistas más sobresalientes Félix Frankfurter, quien criticaba el control constitucional por usurpar el lugar del proceso democrático de decisión; sin embargo, como juez del Tribunal Supremo estuvo entre los jueces conservadores.

Durante la década de 1950 y 1960, se estableció el Tribunal Warren —Corte Suprema de los Estados Unidos dirigida por el presidente Earl Warren desde el 5 de octubre de 1953 hasta el 23 de junio de 1969—, mientras se cambiaba el panorama político con respecto a los debates sobre el control constitucional. En esta ocasión, los conservadores se convirtieron en los nuevos críticos del control constitucional, reposando su inconformidad en la naturaleza no democrática de los tribunales. Durante la Corte Warren se impulsó el activismo judicial y progresismo constitucional,

siendo los fallos absolutamente liberales y en contra de las posiciones mayoritarias de la ciudadanía, y de las instituciones absolutamente conservadoras.

La Corte Warren, es recordada como uno de los períodos más importantes en la historia del derecho constitucional estadounidense. El juez Warren aplicó sus habilidades políticas para guiar al tribunal a tomar decisiones a menudo controvertidas que expandieron drásticamente los derechos y libertades civiles, al igual que el control ejercido por el poder judicial. Dicha Corte inició un cambio social a partir de la interpretación de la carta constitucional, situación que encontró oposición conservadora ante las tendencias liberales de los jueces protagonistas de los pronunciamientos. En 1954 la Corte decidió un caso donde se alegaba la inconstitucionalidad de la segregación racial. En dicha época, predominaba la doctrina “separados, pero-iguales”. Fue así como en *Brown vs. Board of Education*, con aplicación de un control estricto de constitucionalidad, la Corte encontró que las medidas de segregación racial violaban el derecho a la igualdad en la educación, sin embargo, intentó esquivar el activismo judicial de la era *Lochner*, sustentando la decisión de inconstitucionalidad con el argumento según el cual: la segregación racial ya no estaba impresa en la tradición de los estadounidenses. Otro de los casos de singular importancia, es el de *Cooper vs. Aaron* de 1958. En este asunto, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó su autoridad interpretativa, disponiendo que todas sus interpretaciones sobre la Constitución serían de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios públicos.

Para los conservadores, críticos del control constitucional y de la naturaleza progresista y activista ejecutada por la Corte, dicho tribunal invalidaba las decisiones del órgano legislativo designados mediante elección popular a través de pronunciamientos en los cuales llegaba a contemplar derechos que no estaban previstos, tanto así que el candidato a presidente Ronald Reagan prometió detener el deslizamiento hacia el igualitarismo radical y el liberalismo civil

expansivo de esa Corte, y modificar mediante designaciones dentro del poder judicial las prácticas acerca de la interpretación constitucional.

Durante el gobierno de Ronald Reagan, en oposición del activismo judicial como mecanismo en contra de las decisiones progresistas de los 60 y 70, se “recurrió al litigio y a la retórica presidencial para cuestionar y desacreditar los valores básicos que habían generado los precedentes de la Corte Warren” (Post y Siegel, 2017, p. 12). Además de prometer que se detendría como se enunció en el “igualitarismo liberal y el liberalismo civil expansivo de la Corte Warren” (Messe, 1986). Los conservadores y seguidores de Reagan frente a la actividad judicial del momento: denunciaron los precedentes de la Corte Warren y la Corte Burger por considerar que amenazaban las formas tradicionales de vida en los Estados Unidos, recurrieron a la teoría originalista para expresar su intención de conformar una Corte que fuera fiel a la Constitución de los fundadores y que “restableciera” las formas tradicionales de concebir la religión, la familia, la propiedad privada y la raza en el derecho constitucional estadounidense (Post & Siegel, 2013).

Ya en la década de 1970 muchas obras académicas debatían acerca del control de constitucionalidad en una sociedad democrática. Los conservadores reclamaban un papel limitado de los jueces y criticaban las decisiones que protegían derechos no consagrados en la Constitución, sin embargo, los progresistas persistieron en la defensa del Tribunal Warren. Esa Corte con un activismo judicial consolidado, dio paso a la Corte Burger, y luego a la aparición en la escena judicial del Tribunal Rehnquist. Según Siegel (2001), para este tribunal, las ramas democráticas de gobierno no gozan de una autoridad independiente para interpretar la Constitución, una vez que la Corte ha dado su opinión.

De esta manera, se concluye que desde los inicios de la consolidación del control judicial de constitucionalidad fue evidente que el origen o nacimiento de la *judicial review* y la supremacía

judicial —entendida como la facultad de los tribunales de fijar la interpretación de la Constitución—, se encuentran íntimamente ligadas, por lo que, la revisión judicial de las leyes no fuera posible sin que exista una interpretación de las mismas por parte de los jueces, y que junto al carácter vinculante de estas, hacen que en la actualidad el control ejercido permita a lo judicial el control de los demás poderes.

2.4. Justificación del control constitucional

En este apartado se pretende revisar la justificación de la existencia del control judicial de constitucional, sin olvidar que la supremacía judicial es uno de los problemas del control de constitucionalidad. Es por ello, que surge por sí sola una pregunta: ¿Qué razones pueden existir para que los ciudadanos, los órganos representativos y los poderes institucionales toleren el ejercicio de la supremacía judicial?

Chaux (2017), expone como razones que justifican el control de constitucionalidad, las siguientes: i) Mejora el debate en la democracia, toda vez que se crea un Tribunal Constitucional que se convierte en el intérprete de la Constitución, por lo cual, las sentencias que profiere se convierten en precedentes vinculantes para todo el sistema jurídico y político, lo que permite que sean dichas decisiones conocidas, estudiadas y debatidas. Uno de los efectos de esas decisiones es generar debate sobre la aplicación y entendimiento de las normas que le dan los jueces. Lo que propicia la existencia de una verdadera democracia deliberativa, donde las opiniones del tribunal desarrollan el debate público sobre asuntos que responden a cierta moralidad política. ii) Asegura un resultado. Para respaldar dicha afirmación, presenta dos argumentos: el primero, ciertas determinaciones en una democracia constitucional no se deben dejar a la decisión de las mayorías, sino que se deben establecer procedimientos que aseguren la consideración de diversas razones en orden a producir un resultado que respondan a las mejores evaluaciones posibles y no a la suma

de voluntades. Dworkin (1996), al respecto, argumentó que para lograr la respuesta a los interrogantes de la moralidad política es necesario crear una estructura en el Estado, orientada a la obtención de resultados, que no deje la decisión de asuntos fundamentales a la voluntad de las mayorías. El segundo argumento que expone el autor, señala que el control de constitucionalidad es un instrumento que limita el campo de la legislación, pues las sentencias determinan el espacio permitido por la Constitución para el desarrollo de normas de inferior categoría. Además, las sentencias de constitucionalidad establecen un resultado aceptable bajo el imperio de la Constitución vigente, con lo cual se limita el poder de las facciones (al estilo de Madison), y se atempera el exceso de decisión popular que pueda presentarse en una democracia constitucional, y cuyos efectos pueden ser adversos para la misma democracia, las minorías, la política pública que requiere de sacrificios y conocimientos específicos sobre cuestiones que se encuentran más allá del votante medio.

Continuando con las razones de defensa del control de constitucionalidad que presenta Chaux (2017), se encuentra: iii) La protección de los derechos. Toda vez que los derechos pueden ser vulnerados por las decisiones políticas, en especial por las tomadas por las mayorías, las cuales al decidir se transforman en jueces de su propia causa. De esta manera, se encuentra justificado el control constitucional al permitirle a personas que, por medio de las sentencias constitucionales, puedan asegurar la protección de las garantías, convirtiendo las decisiones en algo tangible. iv) Perfecciona la democracia (Chaux, 2017). Las sentencias constitucionales mejoran los procesos políticos y jurídicos, al determinar de forma igualitaria el entendimiento que debe dársele a los conceptos constitucionales, lo que permite que las personas puedan acercarse al Estado con premisas de igualdad y seguridad jurídica. v) Aumenta la influencia de la rama judicial. El Tribunal Constitucional ejerce influencia sobre otras instituciones del Estado, por medio del control

constitucional, en cuyo cumplimiento analiza la constitucionalidad de las normas, imponiendo una visión constitucional. Se convierte el Tribunal Constitucional en la institución menos temida pero que a su vez inspira mayor confianza para determinar el alcance y significado de la Constitución. En consecuencia, se justifica porque no solo expande la influencia del tribunal, sino que además permite que se destaque como una organización imparcial.

Chaux (2017), también presenta como razones: vi) Es una función especial, que debe ser desarrollada por una jurisdicción o tribunal especializado. vii) Unifica la interpretación de la Constitución. El control de constitucionalidad cierra un debate sensible y difícil que requiere ser clausurado, así sea para un caso, por lo cual una decisión de cierre que profiere el tribunal, como último intérprete de la Constitución, no solo es conveniente sino fundamental; viii) Es un mecanismo de protección en caso de errores de otras ramas. Se erige como un mecanismo de corrección, de garantía constitucional frente a las decisiones contrarias a la Constitución. ix) Los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por representantes del pueblo. De esta manera, los magistrados tienen un encargo y legitimidad en su elección para desempeñar el control de constitucionalidad al ser elegidos por representantes del pueblo electos popularmente. Y x) Los magistrados del Tribunal Constitucional no están sometidos a las presiones de la dinámica electoral (Chaux, 2017). Estos funcionarios tienen la seguridad de ser designados por períodos fijos —en el caso colombiano o vitalicios en el caso norteamericano—, de manera que pueden tomar sus decisiones en derecho y sin consultar ninguna clase del interés, siendo libres al decidir, sin importar que tan popular o impopular sea su consideración.

2.4.1. Crisis del órgano legislativo

Teniendo en cuenta que en la mayoría de las sociedades occidentales modernas tienden a aceptar formas más o menos amplias de control judicial sobre la actividad de los legisladores, es

por lo que en este punto se abordará las posiciones teóricas y prácticas más frecuentes sobre las que el constitucionalismo justifica la intervención judicial en la actividad legislativa, mediante el ejercicio de la función de control de constitucionalidad sobre las leyes y la supremacía judicial.

El primer referente teórico se encuentra citado en la obra de Gargarella titulada: *Del reino de los jueces al reino de los políticos*, en la cual se recoge un fragmento de la defensa del control de constitucionalidad que hace Alexander Hamilton en el Federalista No. 78 (1788), en los siguientes términos:

En primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco importa poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”. Muy al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.

Lo que significa: “...no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

No existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que las conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado. Sin embargo, admito que la Constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes debe ceder ante ella. (Hamilton, como se citó en Gargarella, 1997, p. 24)

En síntesis, Gargarella deduce que, Hamilton afirmaba, que la capacidad de los jueces para anular las normas legislativas, es una práctica defendible y valiosa porque es un medio para asegurar la protección de las mayorías, siendo el verdadero peligro negar al poder judicial la capacidad revisora ante leyes contrarias a las Constitución. Así mismo que, la interpretación que hace el poder judicial sobre la validez de enunciados y normas de la legislación no implica, *per se*, un posicionamiento de superior jerarquía de los jueces con respecto a los legisladores. Lo cual no afectaría la voluntad popular, toda vez que, al anular una ley por inconstitucional se está optando por la protección de la Constitución, permitiendo catalizar la expresión más elevada de la voluntad soberana (Gargarella, 2012).

Una segunda propuesta teórica es expuesta por los autores Gerardo A. Durango y Kennier Garay, quienes señalan que, el diseño de un modelo de revisión de leyes se desarrolló en Europa por el austriaco Hans Kelsen, el cual centralizó tal tarea en cabeza de un tribunal constitucional, que a través de decisiones generales aseguraba la supremacía constitucional cuando la producción de leyes a cargo del legislativo la contraviniera. Este modelo es pensado en un legislador en sentido negativo, donde la competencia creadora de la ley radica en el Parlamento, que constituye el legislador en sentido positivo, mientras el tribunal protagoniza el rol del legislador negativo en la medida que descarta la legislación. En este sentido, el legislador no está vinculado a la Constitución y a su control constitucional, en cambio, la actividad del tribunal constitucional se encuentra determinada por la carta, y es precisamente por ello, que se asemeja a la de ser garante de la misma, y de las garantías que en ella se establecen, principalmente en cuanto a la aplicación del derecho, y solo en forma débil a la creación del derecho (Kelsen, 2001). En resumen, en el modelo kelseniano los tribunales se limitan a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad

de una ley impugnada, y solo en esta medida es defendido el control de constitucionalidad por Kelsen (Durango y Garay, 2015).

Continuando con la exposición sobre las razones que justifican el control judicial de constitucionalidad, se encuentra como tercera postura, la que permite su defensa partiendo de la crisis de los sistemas políticos tradicionales. Desde esta posición, se critica la falta de legitimación de los actores políticos como el ejecutivo, los partidos políticos, pero en especial del legislativo, los cuales están afectados por problemas de corrupción, clientelismo, ausencia de democracia interna y relaciones con grupos de intereses particulares o de ciertos grupos de poder, además de la obstrucción a los canales de participación política. Es ese estado de cosas frente al cual los jueces actúan valiéndose del control de constitucionalidad para tratar de balancear las decisiones legislativas carentes de legitimidad a la luz de la Constitución (Gargarella, 2012).

Al respecto, autores como Donald Emerson Bello Hunt consideran que existen dos tipos de razones que justifican la supremacía judicial, las cuales agrupa bajo los nombres de pragmáticas y normativas. Teniendo en cuenta tal clasificación a continuación, se desarrollará este punto de la siguiente manera:

Las razones que a continuación se expondrán permiten establecer con respecto al órgano legislativo la relación de tensión con el control de constitucional. Entre las primeras razones pragmáticas, se hace referencia a situaciones en las cuales los órganos políticos estarían dispuestos a ser deferentes con los tribunales por considerar que los riesgos políticos y electorales de actuar de un modo distinto serían demasiado altos. Para Keith Whittington, la manera más fácil por medio de la cual, las autoridades políticas podrían sentirse motivadas a ceder su competencia interpretativa sería apelando a la necesidad de garantizar la eficacia del régimen político contra el *constitutional outliers* (Whittington, 2007). Este evento se manifiesta en los Estados federados

donde se presentan dos fuentes de poder político —los Estados individuales y el Estado federal— facilitando la proliferación de las demandas de autonomía legislativa local en detrimento de las políticas del gobierno central, relación que para los líderes políticos es de manejo sensible, por lo que prefieren que sean los tribunales quienes decidan los asuntos sin perjuicios políticos. El segundo motivo por el cual instituciones políticas como el legislativo estarían dispuestas a delegar o renunciar a cuotas de poder en el proceso de interpretación constitucional, hace relación a que dichos poderes no son considerados importantes o relevantes, por lo cual prefieren dejar que los tribunales decidan problemas constitucionales, y dedicarse a asuntos de impacto político y electoral.

Una tercera razón pragmática se presenta cuando los agentes encuentran obstáculos para llevar a cabo la agenda política de reformas y aplicación de programas, es lo que Whittington (2007) llama atascos sobrevinientes. Esto se refiere a los vetos presidenciales con los que tiene que lidiar el Congreso o, al contrario, cuando el presidente debe luchar con una mayoría de oposición en el Congreso. En estos casos, los tribunales pueden avanzar en la agenda política porque no enfrentan limitaciones de ningún tipo ni órganos que cuestionen sus decisiones. Este problema conecta con otro, al que Whittington (2007) denomina toma de postura y evasión de culpa, situaciones en las que la revisión judicial motivaría a actores políticos a actuar de manera menos responsable de lo que lo harían si no contaran con respaldo de la judicatura. A este fenómeno Mark Tushnet lo denomina *judicial overhang*, o la tendencia a evitar cuestiones legislativas por razones de conveniencia (Tushnet, 2000). Una última razón pragmática, hace alusión a quienes consideran que el rol de la judicatura en materia constitucional es el de conferir legitimidad a las políticas de la coalición gobernante.

Así mismo, se tiene la tesis expuesta por Gargarella, en la cual refiere a la frecuencia de los errores legislativos y la necesidad de repararlos. En este argumento, el Congreso decide de modo imperfecto, siendo necesario remediar tales imperfecciones, delegando la Constitución en el poder judicial la tarea de salvaguardar a la ciudadanía de tales errores.

Ronald Dworkin también adopta una posición defensiva del control judicial de constitucional, para él las instituciones representativas son más vulnerables a presiones de personas o grupos que no asumen una tarea interpretativa al enfrentarse a los principios políticos y morales insertos en la Constitución, siendo sus decisiones más susceptibles de ser tomadas con fundamento en intereses personales que no tienen en cuenta ni los principios constitucionales, ni de democracia. Dice el autor: “Los legisladores son vulnerables a presiones políticas de diverso tipo, tanto financieras como políticas, razón por la cual una asamblea no es la forma más segura de proteger a grupos políticamente impopulares” (Dworkin, 1996, p. 34).

De este modo el filósofo norteamericano justifica el control de constitucionalidad, dando respuesta a la pregunta: ¿Por qué los jueces protegen mejor los derechos? Se refiere al aislamiento de los jueces y su capacidad de decidir con base en principios. Dworkin argumenta que las instituciones representativas son más vulnerables a presiones de personas o grupos que no asumen una tarea interpretativa al enfrentarse a los principios políticos y morales contenidos en la Constitución. Afirma que las decisiones de dichos grupos son más susceptibles de ser tomadas con base en intereses personales que no tienen en cuenta ni los principios constitucionales, ni la idea de democracia como empresa común en la que se debe tratar a cada ciudadano como un miembro de igual derecho.

Los jueces, contrario a los representantes, están de cierta manera aislados y dada su independencia de las presiones particulares y su desvinculación de la política partidista y

mayoritaria, pueden tomar decisiones basadas en principios, articulando los valores de la Constitución y haciendo valer los derechos de las minorías. El control judicial de constitucionalidad de las leyes tiene además la virtud de permear todo el sistema, haciendo que la discusión basada en principios llegue a los demás centros de decisión política del Estado (Dworkin, 1981).

De esta manera, la teoría dworkiniana defiende que las decisiones que impliquen definir cuál es el contenido de la democracia sean tomadas bajo circunstancias en las que haya cierta independencia de las presiones políticas, y en las que se permita una deliberación fundamentada en principios y en donde se busque la mejor versión constitucional existente. Estas afirmaciones llevan implícitas tres tesis: i) la defensa de la visión pesimista del hombre promedio, según la cual los ciudadanos al momento de tomar decisiones políticas no piensan más que en sus propios intereses sin que les importe los derechos de los demás (Waldron, 1990); ii) la defensa del aislamiento político como condición necesaria para tomar decisiones correctas acerca de ciertos asuntos que afectan los derechos constitucionales (Dworkin, 1977); y iii) la defensa del valor del razonamiento jurídico-moral ejercido por los jueces, como el mecanismo adecuado para desentrañar el contenido de los derechos.

Las tesis expuestas conllevan a concluir que el valor de la independencia judicial permite que los jueces sean un tipo especial de actor político, por tal razón, si es necesario adoptar decisiones que se contraponen a los intereses de la mayoría en favor de los intereses de las minorías, los judiciales al encontrarse aislados, estarían en una mejor posición para decidir, toda vez que no tendrían interés personal en el asunto (Dworkin, 1977). Y por supuesto, las mayorías dominadas por sus propios intereses, tienen dificultades para tomar decisiones correctas cuando se ven afectados los derechos de las minorías. Así, cuando se presenta un asunto de relevancia

constitucional ante los jueces, la ciudadanía se encuentra dividida sobre cuál es la decisión que debe adoptar en el caso, existiendo una mayoría que defiende sus intereses y una minoría que prioriza los suyos. Los jueces además de la independencia, tienen la ventaja de ser expertos en cuestiones jurídicas y en razonar con base en principios más que en políticas, y aunque se encuentren también en posiciones distintas, es más probable que la mayoría de los jueces tome una mejor decisión que la mayoría de los ciudadanos.

2.4.2. El razonamiento judicial y la imparcialidad

Siguiendo con la tesis referenciada en el anterior punto de este capítulo y expuesta por Donald Emerson Bello Hunt, se hará alusión a los argumentos normativos que pregona este autor y mediante los cuales justifica la existencia del control judicial de constitucionalidad, de la siguiente manera:

El primer argumento gira entorno al modo en que los jueces razonan y deciden, lo que suele aludir a la supuesta circunstancia de que el razonamiento judicial tiene lugar en un foro libre y alejado de presiones políticas y electorales, y que debido a que los jueces no responden a un partido político o interés político determinado, las decisiones que adoptan serían más imparciales y justas que aquellas adoptadas por órganos representativos. El segundo argumento, refiere a que las decisiones adoptadas por los jueces y contenidas en sentencias judiciales son instrumentos que incorporan un ideal de imparcialidad debido a su regulación que impide que un argumento partidista sea utilizado en la fundamentación del fallo, exigiendo a los jueces un alto nivel de argumentación, y una motivación de sus decisiones en razones públicas compartidas por todos. Por lo tanto, las decisiones de un juez deben fundarse en el derecho vigente y con independencia de sus preferencias personales (Bello Hunt, 2017).

Los argumentos de razonamientos judiciales libres y sentencias judiciales imparciales expuestos como justificativos de la supremacía judicial, forman parte de esas razones que permiten defender a los jueces como órganos idóneos de la justicia constitucional en un contexto donde se presenta una crisis de los órganos representativos, específicamente del Congreso. Autores como Carl Schmitt y Robert Michels, evidenciaron la falta de confianza de los ciudadanos respecto de los funcionarios electos. Mientras la sentencia judicial se convierte en el instrumento de imparcialidad e idoneidad por excelencia para reflejar los procesos deliberativos.

Otra de las razones relacionadas con el modo en que los jueces razonan y deciden, se encuentra en el argumento de los mejores intérpretes constitucionales que, desde la perspectiva del elitismo epistemológico de Carlos Nino, se considera que los jueces están mejor situados para resolver cuestiones relacionadas con derechos, por lo que la interpretación que realizan se visualiza como institucional. En este contexto, la ciudadanía y el Parlamento son vistos con recelo, pues se estima que el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo, en el que la justicia constitucional a través del juez representa el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, donde culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad (Prieto Sanchís, 2009).

El mismo autor manifiesta que la existencia del control judicial de constitucionalidad se encuentra justificada, a pesar de su déficit representativo, en el ejercicio que hace para asegurar y proteger las condiciones que consolidan una deliberación democrática genuina. Tal idea expuesta por Carlos Nino, refiere a que, los jueces constitucionales están encargados de asegurar las condiciones que hacen posible una auténtica deliberación democrática, pudiendo vetar todas aquellas leyes que han debilitado la deliberación entre iguales. Solo si actúan para corregir las fallas del proceso democrático-deliberativo, la autoridad de los jueces para declarar la invalidez

de una norma se encuentra justificada. Nino (1996) también considera que, el proceso democrático-deliberativo carece de valor epistémico en relación con la moral privada, lo que lo lleva a concluir que, los jueces tienen buenas razones para considerar inválidas las normas que pretenden imponer contra los planes de vida de los ciudadanos, concepciones sobre el bien o la buena vida. En consecuencia, los jueces están encargados de mantener el compromiso estatal con la neutralidad valorativa en relación con las concepciones del bien, asegurando el respeto de los ideales de virtud personal escogidos por cada individuo.

En resumen, para Nino, la existencia de un control judicial constitucional sobre las leyes puede mejorar la toma de decisiones políticas siempre que los jueces se limiten a velar por los cometidos descritos en el párrafo anterior. Es decir que si, y solo si, se ajustan a corregir los yerros del proceso democrático-deliberativo, y a invalidar leyes de contenido perfeccionista, entonces se encuentra justificada la actuación de los jueces.

Para Sebastián Linares, a las anteriores razones, se suma la tesis por la cual el control judicial de constitucional mejora el sistema democrático, al potenciar su valor instrumental epistémico. Esto es, los tribunales ejercen una función crucial en la determinación y protección de los derechos constitucionales. Quienes respaldan esta tesis asumen que el valor epistémico instrumental que introducen los jueces constitucionales arroja un balance positivo que compensa la pérdida de representatividad democrática que ellos mismos encarnan frente a los legisladores. Conforme a esta tesis los jueces tienen ciertas ventajas en comparación con los legisladores: i) disponibilidad de tiempo para reflexionar acerca de determinados asuntos —en especial de derechos fundamentales— bajo una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual; ii) los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales, debido a la formación especializada de los jueces, que les permite estar inmersos en el discurso

constitucional, mientras que los legisladores tienen una perspectiva menos especializada, y un enfoque predominante, consiste en agregar preferencias y evaluar el apoyo popular que tiene cada propuesta política; iii) la independencia de que gozan los jueces constitucionales, pues están protegidos por salvaguardias institucionales como es el mandato largo o vitalicio, estabilidad en el cargo, procesos de selección a cargo de múltiples agentes. Todo lo cual, conlleva a asegurar la independencia judicial respecto de los órganos políticos mayoritarios (Linares, 2015).

En conclusión, el mayor tiempo y aislamiento del que disponen los jueces para la reflexión, el carácter especializado de su función, la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones y la independencia judicial, permiten justificar el establecimiento del control judicial de constitucionalidad. Parafraseando a Ferreres Comella (2010): la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores en lo que concierne a la protección de los derechos fundamentales.

De otra parte, David Estlund con su propuesta “del requisito de la aceptabilidad calificado”²⁶, permite justificar el control judicial de constitucionalidad, señalando que, el acuerdo político democrático-deliberativo²⁷ que incluye a todas las ramas del gobierno, les permite proferir decisiones legítimas. Y si bien, reconoce que algunos cargos oficiales, como el de los jueces, no son electos directamente por la ciudadanía, en una democracia cualquier funcionario público es o bien elegido o bien designado por alguien que fue elegido —o al menos por alguien con un cargo cuyo origen puede rastrearse hasta un cargo electo—. De esta manera, las Cortes tienen, en mayor o menor medida, credenciales democráticas. Lo anterior, le permite inferir que todas las decisiones que se derivan del acuerdo político son democráticas y cuentan con legitimidad, sean estas,

²⁶ El requisito de aceptabilidad calificado corresponde a que los argumentos y propuestas fundamentadas en la idea de que algunas clases o razas de personas son inferiores, no son aceptadas bajo ningún concepto y deben ser desestimadas como justificaciones plausibles de la legitimidad.

²⁷ El acuerdo político de que habla Estlund refiere a la idea de honrar la igual participación en la elaboración de las leyes.

sentencias, leyes o decretos. Así, los acuerdos políticos que se desvían de la idea de igualdad política podrían quedar justificados sino encarnan justificaciones odiosas. De hecho, el sistema democrático representativo, presenta muchas desviaciones a la igualdad política, debido a que, los representantes y burócratas tienen mayor poder de influencia que el que tienen los ciudadanos comunes. Por la misma razón, el control judicial de constitucionalidad, es una institución que, si bien incumple el reclamo de honrar la igual participación, podría pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado, sino incurre en discriminaciones injustificables para cualquier perspectiva razonable (Estlund, 2008).

De lo expuesto, es factible concluir que este autor defiende la tesis de que un acuerdo político que cuenta con un modelo robusto de revisión judicial podría pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado. Sin embargo, también lo podrían hacer acuerdos políticos que no acepten el control judicial de las leyes. Por lo que Estlund, sugiere que ciertos derechos pueden quedar atrincherados y su custodia confiada a procedimientos no mayoritarios, como algunas de las libertades políticas que conforman las condiciones básicas del proceso deliberativo-democrático, como son la libertad de expresión, de asociación, el derecho al voto, libertad de formación de partidos políticos, así como también otras garantías que no conforman condiciones procesales sino límites sustantivos al proceso (Estlund, 2008).

No es posible finalizar esta disertación sin hablar de uno de los pioneros en defender el control judicial de constitucionalidad, como es John Rawls, quien alude a la calidad deliberativa de los tribunales. Rawls sustenta la defensa en dos ideas: i) la exigencia especial sobre los tribunales para actuar de acuerdo con la razón pública; y ii) el tribunal es el ejemplo de la razón pública. La forma de entender la razón pública aceptada por Rawls es aquella concepción sustantiva por la cual se trata de dar razones que esperan y puedan ser aceptadas por todos. Por

tanto, los jueces tienen una exigencia especial de actuar conforme a la razón pública. De acuerdo a esa razón pública las motivaciones reflejan principios sustantivos. Para Rawls (1999), son precisamente los ciudadanos, quienes al dirigir sus debates deben tener en cuenta aquella concepción política de la justicia que los demás miembros de la sociedad puedan razonablemente aceptar y defender por los valores implícitos que contiene.

De esta manera, para Rawls los jueces que lleven a cabo el control judicial tienen una exigencia especial de actuar conforme a la concepción sustantiva de la razón pública, pues deben explicar, y además justificar sus decisiones, no solo fundamentos en la Constitución, sino también en las leyes y los precedentes. De otra parte, los legisladores y el ejecutivo no tienen la exigencia de justificar sus decisiones de la misma manera que los jueces, por lo que las Cortes son ejemplos de la razón pública (Rawls, 1993).

Es decir, el carácter ejemplar de los jueces deriva de la exigencia especial que hay sobre ellos de explicar y justificar sus decisiones basados en la Constitución. Según Rawls, los jueces son los únicos que tienen que justificar con razones públicas, porque tienen el deber de ser conscientes y coherentes con la visión constitucional. Deben interpretar la Constitución tomando en cuenta casos, prácticas, tradiciones y textos (Rawls, 1993).

De otra parte, Gargarella (1996), en su obra crítica tanto a las teorías tradicionales que defienden la revisión judicial de las leyes como a las teorías populistas que son hostiles a la revisión judicial de las leyes, y apuesta por una teoría genuinamente radical donde el control constitucional tiene un papel limitado —desde el punto de vista sustancial— pero importante — desde el punto de vista procesal— para asegurar las condiciones del debate democrático. En primer lugar, Gargarella presenta lo que él denomina una tradición conservadora en defensa de la revisión judicial de las leyes; según esta tradición el control constitucional se justifica por dos razones: i)

la dificultad inherente a las mayorías para adoptar decisiones razonables e imparciales y, además, ii) porque el control de los jueces también está legitimado, por cuanto en últimas estos lo que hacen es aplicar la Constitución, la cual fue aprobada por la mayoría de la sociedad.

El primer argumento puede ilustrarse con la metáfora de Burke, según la cual al igual que los enfermos exponen los síntomas al médico para que este decida el remedio pertinente, los ciudadanos deben dar a conocer sus problemas a los jueces (personas ilustradas), los cuales están en una mayor capacidad para aplicar el remedio apropiado a cada situación. Respecto al segundo argumento, Gargarella, coincidiendo en este punto con Ely, pone de presente la tensión entre la Constitución rígida y el derecho de las generaciones actuales de decidir las normas que los gobiernan, tensión a la que se hará referencia más adelante.

Otro argumento en defensa de la supremacía judicial, y particularmente sobre la pertinencia que los jueces tengan la última palabra interpretativa, es la expuesta por Niembro, quien señala que se encuentra justificada en la medida que da seguridad respecto a qué es lo que debe hacerse, tornando previsible y consistente la actuación de todos los poderes. De esta manera, a medida que la ley y la Constitución pretenden servir como instrumento para la solución de disputas, es necesario por parte de los tribunales la definición de los problemas que pueden surgir con la indeterminación. De lo contrario, se reduciría la utilidad de la Constitución para resolver los conflictos lo que conduciría a la anarquía (Alexander & Schauer, 1997). Siendo los tribunales quienes pueden realizar la labor de interpretación de la Constitución debido a sus rasgos institucionales, como son: el aislamiento relativo a la política, su conocimiento y capacidades.

En conclusión, los jueces gozan de independencia para que puedan tomar sus decisiones de manera imparcial, no tienen presiones políticas ni electorales. Para ese propósito tienen estabilidad en los cargos por largos períodos o de por vida. Debido a que los tribunales

constitucionales interpretan la Constitución y deciden diferendos constitucionales conforme a cierta metodología tienen un conocimiento especializado en la materia. Estas garantías los protegen frente a presiones y coerciones y les da tranquilidad y aislamiento.

2.4.3. La *protección de los derechos de las minorías desde la perspectiva de John Ely*

Una de las defensas que con mayor frecuencia se suele plantear en favor del control de constitucionalidad es aquella que lo asume como un mecanismo de protección de los derechos de participación política de las minorías. Puesto que en los sistemas democráticos hay cierto nivel de propensión a las decisiones de las mayorías, puede ponerse en entredicho los intereses y derechos de las minorías políticas, que en medio de las reglas democráticas podrían ser dejadas de lado por la voluntad de las mayorías. En este escenario, la Constitución como acuerdo jurídico-político de la sociedad, establece reglas democráticas mínimas, como los derechos fundamentales, la alternancia en el poder, la autonomía de las ramas del poder, y las acciones afirmativas, todas erigidas como límites a las mayorías y al poder, y en pro de las minorías.

La expresión minorías, encuentra su origen en la jurisprudencia y doctrina norteamericana, pioneros en el desarrollo de este tema, presente en el caso *United States vs. Carolene Products* del año de 1938, en el cual, por primera vez se empleó el término mínimas discretas e insulares, y el cual tuvo lugar, gracias al decomiso del contenido que transportaba un camión de una empresa²⁸ con fundamento en la *Filled Milk Act of Congress* de 1923 (ley de adulteración de leche) que penalizaba el transporte interestatal de leche adulterada. La empresa *Carolene Products Co.* alegaba a su favor que el Congreso no tenía facultades para regular el transporte interestatal, y con su actuar infringía la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En la decisión

²⁸ Los hechos fueron tomados de *United States vs. Carolene Products*, 1938:
<http://www.estasentuderecho.com.ar/2009/03/united-states-v-carolene-products-1938.htm>

adoptada por la Corte Suprema, se concluyó que el Congreso Federal no excedió sus facultades. Pero lo importante del fallo no se encuentra en el contenido de la sentencia, sino en la inclusión de una nota de pie de página en la cual se estableció que la revisión judicial de las leyes se hace respecto de su razonabilidad, y en representación de las minorías discretas o insulares que no fueron consideradas cuando se sancionó la ley.

La nota a pie de página No. 4 señalaba:

Existe un margen más estrecho para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la ley, como la de las primeras diez enmiendas, que se considera igualmente específica cuando quedan incluidas por la Enmienda Décimo Cuarta [...]

No es necesario examinar ahora si las leyes que restringen aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que logren la derogación de legislación indeseable, deben ser sometidos a un escrutinio judicial más estricto en virtud de la prohibición general de la Enmienda Décimo Cuarto que la mayor parte de los otros tipos de legislación [...]

Tampoco es necesario examinar si consideraciones similares se aplican a la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas [...], o raciales en particular [...]; si el perjuicio contra minorías discretas o insulares puede ser una condición especial, que tiende a limitar seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que frecuentemente podemos confiar para la protección de las minorías, y que pueden en consecuencia necesitar una mayor supervisión judicial [...]. (p. 125)²⁹

Con fundamento en esta nota a pie de página, los jueces norteamericanos comenzaron a graduar el examen que debían realizar al evaluar la constitucionalidad de una medida que se

²⁹ Traducción tomada de Bruce Ackerman. "Más allá de Carolene Products". En http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica05.pdf

tachaba como discriminatoria, dando lugar a lo cual actualmente se conoce como el test de igualdad³⁰. En efecto a partir de esta nota se originaron tres situaciones en las cuales el control de constitucionalidad de las leyes debe ser más estricto: i) cuando se legisla algo que está prohibido por la ley; ii) cuando se restringen procesos políticos; y iii) cuando las leyes están dirigidas a minorías discretas e insulares. Con respecto a la última situación, la Corte Suprema de los Estados Unidos dirigió la protección judicial frente a 5 grupos minoritarios: 1) en razón de la raza³¹; 2) origen nacional³²; 3) extranjería³³; 4) tendencia sexual³⁴; y 5) filiación no matrimonial³⁵. Además, de una lectura detenida de la nota pie de página, se puede extraer algunas características que se atribuyeron a las mínimas calificadas como discretas e insulares, entre las que se contaba, la desprotección en el campo político, por lo cual el grupo carecía de influencia en las decisiones políticas del Estado como consecuencia de un sistema estructural de los sistemas políticos mayoritarios³⁶. De lo expuesto, puede concluirse que las minorías de las que hablan en el caso que se decidió, son grupos minoritarios que no están determinados previamente, sino que deben identificarse en un contexto específico.

También la nota de pie de página permite hacer referencia a la teoría del refuerzo a la representación, expuesta por John Hart Ely en la obra: *Democracia y desconfianza: una teoría del*

³⁰ Estas consideraciones sirvieron de sustento durante la Corte Warren (1953 – 1964) para resolver el caso Brown v. Consejo de Educación.

³¹ Tomado de Kenji Yoshino. El closet judicial y el altar legislativo. En: www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/sela09_yoshino_Sp_pdf

³² Amar v. Virginia, 388 US (1967). En: www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/sela09_yoshino_Sp_pdf

³³ Oyama v. California (1948). En: www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/sela09_yoshino_Sp_pdf

³⁴ Graham v. Richardson (1971). En: www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/sela09_yoshino_Sp_pdf

³⁵ Craig v. Boren (1976). En: www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/sela09_yoshino_Sp_pdf

³⁶ Estado vs. Carolene Products, 1938. En <http://www.estasensuderecho.com.ar/2009/03/united-states-v-carolene-products-1938-htm>

control constitucional (1997). El autor considera que el control de constitucionalidad tiene como finalidad: i) impedir que quienes están en el poder reformen las normas para favorecerse; y ii) asegurar que todos los grupos de la sociedad puedan introducir sus demandas en la agenda política y tengan acceso a la representación política. Este último objetivo se encuentra garantizado en el juego democrático. Sin embargo, no está garantizado en el sistema representativo la protección de las minorías “discretas y aisladas”³⁷, entendidas como aquellos grupos étnicos, lingüísticos, culturales o religiosos que no comparten espacios de convivencia con los demás grupos, no tienen intereses compartidos, no cuentan con representantes políticos ni son capaces de coaligarse con otros grupos sociales para avanzar en sus preferencias.

Asegura el autor norteamericano que, si el objetivo de una Constitución es estructurar un gobierno en el cual varias voces sean oídas y ninguna coalición mayoritaria sea dominante, el fortalecimiento de la representación de las “minorías” es una de las misiones del control judicial de constitucionalidad (Ely, 1980). Con fundamento en dicho pensamiento, Ely propone que los jueces invaliden todas las leyes o decisiones basadas en prejuicios contra las minorías. De esta manera, la idea predominante es que las “minorías discretas y aisladas” tienen que gozar de los mismos beneficios sociales de los cuales disfrutaban los demás grupos sociales, y que la condición étnica, religiosa o cultural no sea un criterio válido de discriminación. No obstante, Ely advierte, que para verificar la existencia de los factores de discriminación es necesario el empleo de categorías diferenciadoras imparciales que tienen el propósito de perjudicar a las minorías.

³⁷ El adjetivo “discreto” se relaciona con los rasgos exteriores de estos grupos que los hacen parecer como “distintos” de los demás miembros de la sociedad. Y “aislado”, refiere al contexto de marginación y vulnerabilidad de la sociedad política que sufren, producto de la convivencia y de la ausencia de redes de contactos con los demás miembros.

Bajo estos postulados John Hart Ely, propone como su *set phrase* de su teoría: la Corte no debe prestar atención a los valores sustantivos sino velar solo porque los canales de agregación de preferencias y acceso a la representación política estén abiertos para todos. Es decir, no intentar establecer alguna ideología dominante, sino solo fijar procedimientos legítimos. En una democracia, la determinación de los valores debe provenir de los representantes, y si se presenta desacuerdo con las políticas aprobadas, se debe usar la libertad de expresión y el voto para expulsarlos del poder.

Respecto a este tema, Bruce Ackerman introdujo la denominación minorías anónimas y difusas para referirse a grupos minoritarios que podrían verse vulnerados por la exclusión política en mayor medida que las minorías discretas e insulares. En su ensayo “Más allá de Carolene Products”, Ackerman (2009), señala que las disminuciones discretas o insulares son un indicador insuficiente para delimitar los grupos que merecen una protección judicial reforzada, en la medida que las minorías anónimas o difusas pueden necesitar de una mayor atención por parte de los tribunales. También asegura el autor que los miembros de una minoría discreta e insular pueden ser identificados por sus características particulares y evidentes, como la población afrodescendiente, lo que conlleva a que su inclusión social sea más acelerada; mientras que los individuos pertenecientes a una minoría anónima o difusa pueden mimetizarse dentro de la mayoría, como es el caso de la población LGTBI+ y, por tanto, tener menos participación en las decisiones políticas.

Otra justificación más de la existencia del control judicial, hace relación a la siguiente idea: debido a que la democracia se orienta a satisfacer las pretensiones de las mayorías, se requerirán de procedimientos especiales para salvaguardar los derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían pasar por encima de las minorías conforme a los motivos que los impulsen. Es

por ello, que el poder judicial, aparece como el órgano constitucional encargado de proteger a las minorías, siendo necesario que los jueces no puedan ser desplazados de sus cargos ni surjan de la voluntad popular (Gargarella, 1997).

2.4.4. La irrazonabilidad de las mayorías

En el libro: *La justicia frente al gobierno*, su autor, Roberto Gargarella, expone lo que denomina las justificaciones conservadoras del control de constitucionalidad. Entre dichas defensas, el académico argentino examina aquella tradición conservadora por la cual “para la toma de decisiones política correctas o imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones” (Gargarella, 2011). Así como también refiere a la vertiente “elitista” dentro de la tradición conservadora. Respecto a dicha corriente, la define como aquella que, entendió lo innecesario de consultar a todos los potencialmente afectados para garantizar que la decisión fuera imparcial, y que sostuvo que solo la reflexión de algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados podía garantizar las buenas decisiones buscadas (Gargarella, 2011).

En el mismo texto referido, el autor citado, alude a las afirmaciones desarrolladas por John Locke en el *Tratado sobre el gobierno*, en el cual sostiene dos argumentos centrales: “existen ciertas verdades morales cognoscibles por la razón”, y “no todos están capacitados para acceder a tales verdades” (Gargarella, 2011, p. 68). Esta tradición del pensamiento político se fundamentaba en la concepción de que las mayorías no siempre actuaban con base en la razón, sino que, por lo regular sus decisiones se ven influenciadas y afectan su grado de objetividad de la realidad. Siguiendo este hilo conductor del pensamiento del conservadurismo, Adam Ferguson (1979) sostenía que “la esencia de la libertad política consistía en darle el poder a los que saben”, dado

que la ciudadanía común debía ser prevenida frente a sus propias torpezas y equivocaciones (Ferguson, 1979).

Dichas ideas fueron respaldadas por el inglés Edmund Burke, quien afirmaba: “la mayoría de los ciudadanos – guiados por opiniones precipitadas, prejuiciadas o poco reflexivas, no alcanzaban a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos” (Burke, 1960, p. 124). Para este fundador del conservatismo consciente según Sabine, que hace de la tradición el principio único de legitimidad del orden público, que clasifica a la democracia como una de las ilusiones rousseauianas, y recomienda la imposición de un régimen donde se combina la monarquía hereditaria, la representación aristocrática en la Cámara de los Lores y la participación del pueblo, restringido a los propietarios en los Comunes, y cuyo pensamiento gira en torno a la noción de derechos proporcionales que se derivan moralmente de la existencia de aportes proporcionales y el rechazo a la igualdad política, una de las finalidades de la sociedad es someter las pasiones de los individuos. Esto último solo se consigue “mediante un poder exterior a nosotros mismos, a la cual -para conseguir una libertad razonable- se le entrega en fideicomiso la totalidad de ella” (Burke, 1851, p. 446-448). Esa idea elitista de la política, por la cual la responsabilidad de administrar el fideicomiso solo puede ponerse en manos de individuos seleccionados, que estén a la altura de las tareas públicas, permite mostrar cómo desde esa concepción del mundo, se justifican las desigualdades, y se propugna por un pueblo favorecido paternalmente, pero sin permitir la disolución de las diferencias. De esta manera, el pensamiento burkeniano, refleja la concepción sobre las mayorías a las cuales el conservatismo adaptativo consideraba que tienden a guiarse por su voluntad, y no por la razón, siendo por ello, necesario que los individuos más ilustrados de la comunidad defendieran tales intereses.

Estas ideas inspiradoras de la tesis del “conservadurismo” expuesta por Gargarella, permiten sostener que los padres fundadores norteamericanos se insertaron en la tradición descrita, para sostener que la imparcialidad de una decisión no requiere la consulta previa a “todos los posibles afectados”: más aún se sostenía que la imparcialidad resultaba perjudicada a través de la apelación de la ciudadanía, dada la tendencia del pueblo de dejarse guiar por las pasiones (Gargarella, 2011). Ese pensamiento fue respaldado por Morton White quien en alusión al elitismo epistemológico propio de la clase dirigente norteamericana (Gargarella, 2011), consideró que la ciudadanía común no estaba capacitada para un autogobierno, y que “solo aquellos que podían superar la ambición, las malas predisposiciones, los prejuicios, los intereses parciales, y los intereses inmediatos del hombre ordinario estarían capacitados para ver cuáles eran los verdaderos intereses de la comunidad” (White, s.f., p. 126).

Otro argumento que justifica el control judicial de constitucionalidad se centra en el presupuesto según el cual, en una democracia constitucional ciertas determinaciones no se deben dejar a la decisión de la mayoría, sino que se deben establecer ciertos procedimientos que aseguren la consideración de diversas razones, a fin de producir un resultado que responda a las mejores evaluaciones posibles, y no a la simple suma de voluntades (Chaux, 2017). Tal procedimiento, debe responder a condiciones sustanciales y argumentos racionales, y no a la suma de voluntades (Dworkin, 1996). Al respecto, Ronald Dworkin señaló que uno de los requisitos necesarios para lograr la solución a los interrogantes de la moralidad política que surgen en una democracia constitucional, consiste en crear una estructura para el Estado que obtenga resultados, pero que reciba la opinión de los ciudadanos, y no deje la decisión de asuntos fundamentales a la simple voluntad de la mayoría, con lo cual se asegura el cumplimiento de las condiciones que demanda para existir la democracia constitucional (Dworkin, 1997).

2.5. Argumentos para contradecir la supremacía constitucional

Al respecto, se expondrá la teoría de la dificultad contramayoritaria de Bickel desde la perspectiva del académico Carlos Alberto Agudelo, quien presenta una tesis diferente y novedosa acerca de la propuesta bickeliana. Además, se expondrá la tesis de la democracia deliberativa adoptada por Roberto Gargarella en su libro: *La justicia frente al gobierno*.

2.5.1. La teoría de la dificultad contramayoritaria de Bickel desde una perspectiva local

Entre los objetivos fundamentales de la justicia constitucional se encuentra inmersa la función de vigilar que las leyes y demás normas que conforman el ordenamiento jurídico estén en concordancia con los principios constitucionales, actividad desplegada mediante el control de constitucionalidad de las leyes, en el cual se hace evidente la tensión entre el poder legislativo y el órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad. Dicha tensión se centra en la facultad del Tribunal Constitucional para declarar la invalidez o desaplicación de una ley aprobada por un órgano del Estado democráticamente electo; este carácter ha sido calificado como “contramayoritario”, debido a que aparentemente es contrario a la voluntad popular expresada a través de la asamblea legislativa.

De esta manera, el control constitucional de las leyes que ejercen los jueces constitucionales a simple vista es antidemocrático, porque contraría la decisión de las mayorías legislativas que aprueban alguna ley, la cual, luego de someterse al examen constitucional resulta no ser válida. Con relación a este tema, la doctrina ha planteado varios interrogantes: ¿Cómo explicar que en una democracia los jueces puedan anular una ley aprobada por una mayoría legislativa, emanada de los representantes de la voluntad popular? ¿Cómo justificar que un número reducido de jueces, no elegidos democráticamente, pueda decidir si una ley aprobada democráticamente es o no constitucional?

Dentro de este contexto, el objetivo de esta sección del trabajo es mostrar los argumentos que hacen viable la objeción democrática de la justicia constitucional, y la fortaleza de dichos razonamientos a favor de esa tesis, teniendo en cuenta que, como ya se anotó anteriormente en otro punto de este escrito, la relación entre la última palabra interpretativa y el control judicial constitucional de la ley es muy cercana, a tal punto que muchos consideran que es el factor que da pie a la objeción contramayoritaria y que desde sus orígenes se presenta una confusión y mezcla entre la *judicial review* y la supremacía judicial, siendo esta última el punto central del constitucionalismo popular.

Ahora bien, para hablar de la teoría bickeliana en este trabajo, se puede citar el punto de vista de varios autores que la analizan y pretenden dar respuesta al interrogante relacionado con el carácter no democrático de la justicia constitucional; sin embargo, las respuestas no son claras, es por ello, que en esta sección se recurrirá a una propuesta interesante y que se separa de las demás, y es el estudio realizado por el catedrático Carlos Alberto Agudelo Agudelo, quien desde una perspectiva diferente rastrea el tópico común en la teoría constitucional, según el cual los jueces en ocasiones ejercen un “poder contramayoritario” (Agudelo, 2014), partiendo de la revaluación de los postulados expuestos por Alexander Bickel, para finalmente mostrar en su investigación que es posible hablar de una “democracia de los jueces”.

En el libro: *La democracia de los jueces*, el profesor de derecho de la Universidad de Caldas, sostiene que los defensores del “poder contramayoritario” precisan que los jueces al no ser elegidos democráticamente, no pueden modificar o corregir, a través de la *judicial review*, las legislaturas que crea el poder democrático (Agudelo, 2014). La *judicial review* para el caso norteamericano es una facultad que tienen los jueces para revisar las normas con base en el “control concreto” (Agudelo, 2014). Argumenta el autor que, el rechazo a la *judicial review* se fundamenta

en los argumentos que Bickel ofreció para resolver la tensión entre democracia y jueces, en la obra: *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics* (Agudelo, 2014). Sin embargo, Agudelo (2014), manifiesta que la conclusión a la que se ha llegado de la tesis de Bickel se realizó a partir de una lectura parcial de su obra, que le permitió pensar que se opuso a la *judicial review* porque los jueces serían contramayoritarios (Agudelo, 2014). Además, presenta un segundo aspecto, en el cual hace referencia a que la dificultad contramayoritaria tal como fue planteada por Bickel, no solo pretendía resolver la tensión entre las leyes aparentemente inconstitucionales y su revisión por parte de los jueces, sino que su objeto era resaltar la labor de corrección de las leyes por parte del poder judicial, al buscar adaptarlas a la Constitución, los valores y principios (Agudelo, 2014). Y destaca, que solo en este sentido, para Bickel, los jueces están habilitados para utilizar la *judicial review*.

Para sustentar lo dicho, Agudelo parte de que la dificultad contramayoritaria es una dificultad que se descubre cuando entran en tensión los valores democráticos con la función judicial (Agudelo, 2014). Y advierte que Bickel explica a los jueces cómo actuar con “prudencia” frente a la sociedad. En nota de pie de página, expone el autor que, la clave de la filosofía política bickeliana es la creencia en el valor de la “prudencia” como virtud política y judicial. Entendida la “prudencia” como la capacidad intelectual y temperamental para tener razones al actuar (Agudelo, 2014). De esta manera, una persona prudente, tiene capacidades de tolerancia y aceptabilidad de ideas, valora el consentimiento y compromiso, y a estas características se unen las cualidades del intelecto y el carácter. Esta es la imagen que posee Bickel sobre el juez, y que transformó en el concepto de “virtudes pasivas”, como límite al activismo judicial. De esta manera, Bickel solo explica a los jueces cómo actuar con prudencia para permitir el diálogo con el legislativo e intervenir evitando que se menoscaben los principios, intervención peligrosa para los

“escépticos del control judicial” (Agudelo, 2014, p. 707). Cuya crítica ha hecho creer que los jueces ejercen una posición antidemocrática.

Así las cosas, la preocupación de Bickel es resolver la tensión que existe entre la democracia y los jueces a través de las “virtudes pasivas” (Agudelo, 2014, p. 707). El profesor de derecho destacó que se ha defendido la democracia mayoritaria, mas no se ha tenido en cuenta la contribución que puedan hacer los jueces a la misma. Así mismo, resaltó que, la dificultad contramayoritaria para Bickel se concreta cuando el legislador hace normas en beneficio de la sociedad, momento en el cual el juez no debe intervenir sino apartarse de ellas, al suponer que son coherentes con la democracia; pero en caso de que legislador no realice normas previstas para la democracia, es en esta situación que debe intervenir el juez, porque pueden ir en contra del bienestar común y la Constitución, así como cuando la norma no es suficiente pero tocan con temas de principios (Agudelo, 2014), siendo este último sentido el que Bickel pretende permita justificar la *judicial review*. De esta manera, intervienen los jueces por medio de las virtudes pasivas, las cuales son entendidas como un mecanismo judicial por medio del cual los jueces esperan con paciencia que las normas tengan eficacia en la realidad y consonancia con la Constitución, o como aquellos asuntos constitucionales en los cuales la Corte considera que no han madurado lo suficiente a través de un debate público (Agudelo, 2014). Es por lo cual, se considera que el grado de deferencia de los jueces con las normas debe establecerse con prudencia. Concluyó Agudelo que Bickel resaltó la importancia de los jueces cuando ejercen bien sus funciones y como a través del uso correcto de la *judicial review* se propone un equilibrio entre los poderes, condición propia de un Estado liberal y democrático de derecho.

Insiste Agudelo, que para Bickel el caso *Marbury vs. Madison* es un mal ejemplo de la *judicial review*, debido a que el acto que nombró a los jueces no tenía nada que ver con principios

constitucionales, por lo que es necesario diferenciar entre la *judicial review* de Bickel y la del asunto citado. Incluso, considera que la *judicial review* no es representada en este caso, por lo menos no es el mejor de los casos para instruir a los jueces sobre cuándo intervenir judicialmente. Agregó que la *judicial review* se ha dado a través de los casos judiciales americanos y no se originó en un solo hecho institucional (Agudelo, 2014). Concluyó que la *judicial review* es un mecanismo de poder y representa una alternativa frente a los límites del poder y debe ser justificada como medio idóneo de defensa de derechos y de las dificultades constitucionales (Agudelo, 2014).

También, señala que lo pretendido en la teoría bickeliana era aclarar la función judicial en el constitucionalismo, advirtiendo que los escépticos del control judicial, creen que lo sostenido por Bickel es que el juez al ejercer el control judicial, lo haría en forma contramayoritaria. Por eso lo pretendido por Agudelo es demostrar que se puede defender el papel del juez a través de la teoría expuesta por Bickel. Y por eso, el académico intenta potenciar el argumento según el cual, los jueces pueden contribuir a una judicatura prodemocrática en su actuar político (Agudelo, 2014). Agregó que de esta manera los jueces están obligados a comprender las exigencias sociales con todos sus cambios en diferentes aspectos, lo que debilita la creencia de que los jueces son simples aplicadores de las normas, inferencia extraída del tópico bickeliano (Agudelo, 2014). Concluye el autor que es necesario aclarar la idea general de que los jueces ejercen un poder contramayoritario, con lo cual, las democracias se ven afectadas por sus actuaciones políticas, y si el discurso bickeliano es suficiente para defender la democracia por vía judicial.

Sostiene el profesor que el tópico bickeliano está fundado en las discusiones que se dieron en torno a *Marbury vs. Madison*, pero también en la defensa de la Corte liberal de Warren (Agudelo, 2014). Y en pro de la defensa de la actividad de los jueces, señala que han intervenido prodemocráticamente cuando poderes como el legislativo o ejecutivo actúan arbitrariamente

intentando resolver las tensiones, convirtiéndose en reforzadores de la democracia (Agudelo, 2014). Concluyo que el juez para Bickel debe intervenir en cuestión de principios, pues cuenta con tiempo para construir argumentos, por lo cual, en este caso no ejerce una objeción contramayoritaria.

Ahora bien, según la teoría bickeliana, la democracia es más amplia que la democracia representativa, ya que los funcionarios elegidos democráticamente pueden delegar determinadas funciones a hombres de su propio nombramiento, estableciendo una democracia compleja para la toma de decisiones. Agudelo, advierte que, para Bickel la democracia no siempre es representativa, porque las mayorías populares pueden estar subordinadas a facciones políticas. Y revela que, en un procedimiento democrático, el juez está llamado a ser garante de la democracia.

Así las cosas, la dificultad contramayoritaria solo se da en casos excepcionales y de trascendencia nacional, en la cual es inevitable la participación de los jueces por falta de respuesta de los poderes primordialmente convocados a resolver los llamados de la sociedad. Es más, considera Agudelo que, conforme a Bickel, la dificultad contramayoritaria nace en el momento en que los jueces reconocen que se encuentran dentro de una tensión democrática, si actúan apartándose de la normatividad, pero que deciden haciendo uso de la *judicial review* a partir de los principios, los valores y las virtudes pasivas (Agudelo, 2014).

Al respecto, para Bickel la dificultad contramayoritaria, según el profesor Agudelo, se resuelve con una intervención prudente y de compromiso que los tribunales realizan sin dejar de lado un acto de deferencia frente al legislativo. De esta manera, se introducen las llamadas virtudes pasivas y la versión de una teoría del diálogo interinstitucional por el cual se pueden llegar a mejores acuerdos. Con fundamento en la primera se pretende llegar al diálogo a través de los jueces. Las virtudes pasivas son facultades del poder judicial en función de desarrollar y aplicar

los principios constitucionales después de haberse puesto a prueba las normas expedidas por el legislativo, o cuando se advierta las consecuencias de las mismas en casos concretos con base en las acciones de los demás poderes. Así, las virtudes pasivas dan un tiempo de espera y paciencia para que las normas tengan un efecto en la realidad, luego de lo cual se puede establecer si la norma es inconstitucional o no, y se evita que se caiga en el activismo judicial (Agudelo, 2014). Por lo tanto, los jueces deben esperar si una norma se adapta o no, a la realidad o a los llamados a la sociedad, y si no proceden a darle respuesta. Indica que en estos casos la prudencia permitirá la generación de un foro deliberativo y luego, los jueces deciden (Agudelo, 2014).

Según Bickel los jueces evitarían ser contramayoritarios si antes de entrar a decidir, permiten la madurez del caso y con paciencia esperan el tiempo necesario para que el asunto constitucional, gracias al coloquio ciudadano, madure. Y en casos de vacíos normativos lograr el diálogo interinstitucional, con lo cual solo en casos excepcionales intervendrían los jueces. Con todo, los jueces no tienen la necesidad de responder a todos los llamados de la sociedad, sino ser prudentes a la hora de decidir en cuáles casos deben intervenir, es decir, solo cuando se vea afectada la Constitución o cuando el reclamo es muy claro. De esta manera, prudencia y paciencia son virtudes pasivas que los jueces deben tener antes de decidir para no convertirse en un poder contramayoritario (Agudelo, 2014).

De otra parte, en el libro que se analiza, el académico Carlos Agudelo justifica desde la perspectiva beckeliana la *judicial review*, exponiendo los siguientes puntos: i) Bickel la defiende desde el momento en que acepta que algunos casos pueden ser resueltos por los jueces, sin que ello menoscabe las funciones de otros poderes, sin que los aparte de la carga de responsabilidad que ostentan; y ii) el legislador tiene la primera palabra en políticas públicas y solo después de un tiempo prolongado de deliberación en la sociedad, los jueces intervienen prudencialmente sobre

el asunto, cerrando el debate o exhortando al legislador a tomar medidas, y si no lo hacen después de un tiempo, queda en firme lo dicho por el juez. Y de esa manera, la *judicial review* se justifica solo en casos en los que los valores perdurables descubiertos por los jueces son útiles para que una sociedad sea más democrática (Agudelo, 2014).

En consecuencia, bajo una Constitución flexible y con base en los valores perdurables y la confianza que los jueces van adquiriendo con el público, se ganan un espacio en el consentimiento democrático, lo que mengua la dificultad contramayoritaria y la traslada a otras ramas del poder (Agudelo, 2014). Además, asevera que, el tópico bickeliano intenta persuadir al auditorio que los jueces pueden ayudar a encauzar los valores que la sociedad demanda, por medio de un diálogo interinstitucional para evitar encontrarse con la tesis de la última palabra y del elitismo judicial (Agudelo, 2014).

Una vez, descrita la teoría bickeliana conforme a la perspectiva del académico Carlos Alberto Agudelo, esta investigación centrará la atención en la propuesta que eleva este autor mediante la cual pretende promover una reconciliación del constitucionalismo a partir de la defensa de la *judicial review*. Para ello, el profesor de la Universidad de Caldas, advierte que la *judicial review* “se transformó en el control judicial de normas por inconstitucionalidad mediado por el diálogo institucional, en el cual, una democracia asociativa, social, colaborativa y una representación argumentativa será el espacio propicio para los jueces prodemocráticos” (Agudelo, 2014, p. 692).

De esta manera, el autor muestra una visión diferente con fundamento en los presupuestos de la teoría bickeliana, así: i) habla de una democracia judicial a partir de lo que llama el control judicial de normas por inconstitucionalidad, que implica a todos los ciudadanos sin excepción ser partícipes en las deliberaciones a través de un “seminario nacional”; ii) un diálogo que permita

incluir las demandas sociales y conceptos ciudadanos como herramientas de interpretación; iii) los jueces como punto de partida de un diálogo interinstitucional; iv) el discurso constitucional no solo debe comprender la defensa de los derechos y de la Constitución, sino que debe incluir otros valores constitucionales por alcanzar y que han quedado al margen del Congreso debido a las disputas políticas; v) los valores deben tener vida propia en la Constitución y en la realidad social, y deben tomarse en serio por los jueces haciendo un “uso prodemocrático” del control judicial de las normas y no solo de las leyes; vi) los valores contextualizan la dificultad contramayoritaria, pero no se elimina totalmente la idea de que los jueces pueden volverse un poder contramayoritario porque es una condición de su propia actividad; sin embargo, el profesor pretende explicar cómo evitar que se realice un uso indebido a la *judicial review*; vii) pone de presente que la dificultad contramayoritaria y el tópico bickeliano permiten descubrir los múltiples subsistemas de democráticos de un Estado.

Continuando con los postulados: viii) también resalta la importancia del diálogo interinstitucional en asuntos maduros en la sociedad; ix) habla también de una Constitución flexible que se vendría bien con el uso de herramientas que da la dificultad contramayoritaria y un modelo de democracia asociativa, social, colaborativa, representativa y argumentativa, que resolvería las tensiones democráticas y que permitiría una democracia inclusiva por medio de un diálogo donde la última palabra la posea el pueblo (Agudelo, 2014); x) arguye que la dificultad contramayoritaria y su respuesta a través del uso prodemocrático del control judicial es una apuesta metodológica viable a través de las virtudes pasivas; y xi) defiende el papel del juez en medio del debate entre el control judicial y la democracia, que dice los presenta como activistas judiciales en contra de las pretensiones de los constituyentes, sin tener en cuenta que se configura en una judicatura prodemocrática.

2.5.2. *Gargarella: democracia deliberativa*

La tensión existente entre el control de constitucionalidad de las leyes y la supremacía judicial, y la democracia es expuesta en *Justice for hedgehogs* (Dworkin, 2011) de la siguiente manera:

¿Es la práctica de la revisión judicial, la cual permite a jueces elegidos de por vida declarar inconstitucionales actos del ejecutivo y del legislativo, ilegítima por ser antidemocrática? ¿O es esta práctica por el contrario un necesario y deseable correctivo a la democracia? ¿O –una tercera posibilidad- es la práctica en verdad esencial para crear una genuina democracia? Cada una de estas posiciones es ampliamente defendida y no podemos escoger entre ellas sin escoger entre concepciones de la democracia y defender nuestra elección. (Dworkin, 2011, p. 380)

Esto quiere decir que si queremos afirmar o negar la legitimidad de la institución que en este caso nos ocupa –el control judicial de las leyes- debemos empezar, según Dworkin, por exponer y defender una concepción de la democracia.

Teniendo en cuenta las palabras de Ronald Dworkin y la pretensión de este trabajo de investigación, cual es conducir la argumentación a proponer un modelo democrático en el cual los elementos que lo componen provenga de una de tesis democrática del constitucionalismo popular, donde el protagonista sea el modelo dialógico que acerque a los tribunales constitucionales con el querer del pueblo al interpretar la Constitución, es por lo que, advirtiendo la existencia de una crisis de la representación manifestada progresivamente en la valoración negativa de los partidos, la política y las instituciones por parte de los ciudadanos inmersos en democracias avanzadas, y atendiendo que dicha crisis, a pesar de los problemas descritos, por el contrario, no ha venido acompañada de un descenso del apoyo a los valores de la democracia (Putnam, Pharr y Dalton, 2000); y que en la democracia subsiste un apoyo mayoritario a los valores e instituciones

democráticas, al tiempo que se traduce en un incremento de la desconfianza en las instituciones que traducen los valores democráticos (Pharr & Putman, 2000); y además que, en el debate sobre la democracia representativa y sus límites, lo local y sus instituciones se convierten en espacios de recomposición del orden político edificado sobre una agenda más participativa y deliberativa, es por lo que en esta sección se realizará un breve estudio sobre la democracia deliberativa debido a que es la concepción que tiene mejor adaptabilidad en sus postulados al constitucionalismo popular. Y que al decir del catedrático Carlos Agudelo, democracia deliberativa y constitucionalismo popular se acercan un poco, en tanto critican a la *judicial review* (Agudelo, 2014).

Sin lugar a dudas en la actualidad se cuestiona en la democracia la existencia de un déficit en las democracias representativas, toda vez que se reducen a la mera realización de elecciones regulares. Paradójicamente, se ha asumido casi como única solución a los problemas de la democracia representativa más democracia, es decir, mayor y más actividad y participación del pueblo, de la ciudadanía en la política; una nueva realidad política construida sobre una agenda participativa y deliberativa, y que se ha puesto en marcha mediante la concreción de un sinnúmero de experiencias de participación ciudadana. De esta manera, aparece en escena la concepción deliberativa de la democracia, sin que estudiosos del constitucionalismo hayan consolidado una creciente agenda de investigación que analice la teoría política de la democracia – desde el punto de vista normativista- y la participación política – positivista- (García, 2015).

Ahora bien, es necesario recordar que en las décadas de 1980 y 1990 se revivió el debate en torno a las insuficiencias de la democracia representativa, precipitado por un contexto de escepticismo, frustración y descrédito de los políticos, en especial de los congresistas o parlamentarios que fungen al menos en regímenes como el colombiano, como representantes del

pueblo, y de los cuales se guardaba la esperanza de que al ocupar sus curules recordaran aquellas promesas electorales que hicieron a la ciudadanía. Sin embargo, ante la insatisfacción popular hacia la prestación del servicio por parte de sus representantes, se abrió paso el modelo alternativo de la democracia deliberativa, cimentado en la participación ciudadana de diversas maneras.

El término democracia deliberativa puede ser rastreado desde Dewey y Arendt, e incluso hasta Rosseau y Aristóteles (Bohman, 2016), siendo la encarnación más reciente del término la propuesta por Joseph Marie Bessette, quien lo acuña para oponerse a la interpretación elitista o aristocrática de la Constitución norteamericana (Bessette, 1980). Este demócrata radical atempera su perspectiva de la participación popular, enfatizando en la discusión, razonamiento, el juicio público, y su viabilidad. De esta manera, el giro deliberativo se ha nutrido por diversos autores entre quienes se cuenta con Bernard Manin (1897), Joshua Cohen (1986), James Bohman (1997) y Jurgüen Habermas (1998). Estos teóricos dejaron de lado la perspectiva dominante de los modelos participativos en que las decisiones democráticas son representadas como una expresión de las elecciones de personas y de la voluntad popular (García, 2015), para luego compartir una visión epistémica de esta clase de democracia, es decir, rechazan la idea de que la vida política se reduce a una mera confrontación entre grupos rivales que persiguen intereses sectoriales, y sostienen la necesidad de alcanzar mediante el debate público un bien común (García, 2015).

La democracia deliberativa presenta varias formas, que conducen a un solo ideal de razón pública, requisito según el cual las decisiones legítimas son aquellas que “todo el mundo podría aceptar “o al menos, no rechazar razonablemente. Así, cualquier concepción de la democracia deliberativa estaría orientada alrededor de un ideal de justificación política que requiere el razonamiento público entre ciudadanos (Cohen, 1996). En otras palabras, este tipo de democracia justifica la legitimidad de las decisiones políticas en términos del valor epistémico de las

decisiones adoptadas en virtud de un procedimiento deliberativo democrático, teniendo las decisiones que se toman la reputación de correctas. Es más, en esta clase de democracia no se hace énfasis en una maximización de la participación en términos cuantitativos, sino más bien en su dimensión cualitativa, lo cual traduce que, no hay incidencia en los mecanismos de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, sino sobre el propio proceso de decisión en sí mismo (García, 2015).

De esta manera, las democracias deliberativas, en primer término, exigen que los ciudadanos trasciendan los intereses propios de las preferencias y se orienten hacia el bien común. En segundo lugar, la orientación pública debe ser mostrada para mejorar la toma de decisiones políticas, haciendo posibles fines comunes y un sistema justo de cooperación social sin que ya exista un consenso social. Tercero, un procedimiento deliberativo permite justificar un consenso apoyando de mejor manera tanto moral como epistémicamente la deliberación democrática, teniendo en cuenta el pluralismo sobre concepciones de la vida buena (Habermas, 1996). Como cuarta característica, para Rawls, la democracia deliberativa es una democracia constitucional bien ordenada (Rawls, 1997), que sólo encuentra solución a los problemas mediante procedimientos ideales. Un procedimiento ideal es útil como estándar de legitimidad y como modelo para las instituciones, a fin de explicar las características del consenso: el razonamiento, en un procedimiento que encarna normas de libertad, igualdad y publicidad, producirá como resultado que todo el mundo podría aceptar en principio, siendo por tanto la decisión alcanzada justa y aceptada por todos (Bohman, 2016). Un quinto punto, Joshua Cohen, señala que “los resultados son legítimos democráticamente si y solo si pueden ser el objeto de un acuerdo libre y razonado entre iguales” (Cohen, 1996, pp. 99-100). En este caso resultados legítimos solo y solo sí existe un acuerdo entre iguales. De la misma manera, Habermas señala que, la legitimidad de las leyes

depende de la naturaleza democrática del proceso legislativo que hace posible un consenso entre todos los ciudadanos (Habermas, 1996).

En sexto lugar, la democracia deliberativa aspira a adoptar las decisiones mediante un proceso intersubjetivo de carácter argumentativo, ya que deliberar es dar y pedir razones, a favor o en contra de acciones y creencias. Este proceso se somete a criterios de calidad: i) deliberación inclusiva, cada participante deberá tener la misma posibilidad de ser escuchado, introducir temas, enfoques y propuestas; ii) deliberaciones públicas y libres de cualquier coerción externa o interna. Son condiciones llamadas a garantizar la adopción de una decisión motivada solo por la fuerza del mejor argumento y que generalmente adoptará la forma de un acuerdo racionalmente motivado (Elster, 2001; Parkinson, 2003). Como séptima característica encontramos aquella que habla de una democracia deliberativa desde un punto de vista práctico, que aparece entendida como una comunicación limitada normativamente, que tiene por objeto modificar el contenido de la intensidad o la razón de las preferencias, creencias, acciones, o la interpretación de los interlocutores con respecto a asuntos de interés público (Neblo, 2005). En consecuencia, en esta clase de democracia, las decisiones no solo son legítimas porque se han adoptado bajo condiciones procedimentales que permiten una toma de decisiones imparcial, sino que además son correctas porque han sido adoptadas sobre la base del mejor argumento más racional.

Como octavo presupuesto, se encuentra en que la democracia deliberativa se concentra, no ya sobre la propia decisión derivada de la voluntad general, sino sobre el propio proceso de formación, por tanto, la legitimación de las decisiones políticas no reside en su adopción por una mayoría legitimada sino en que las decisiones se toman tras un proceso de deliberación previa (Manin, 1987). De esta manera, las decisiones son legítimas porque han sido adoptadas por un procedimiento que garantiza la igual participación de los ciudadanos en la deliberación

públicamente orientada. La participación de que se habla, es de los ciudadanos capaces de razonar, exponer argumentos, de escuchar a los demás, de reflexionar.

La novena característica refiere al “núcleo del proceso deliberativo”, relacionado con la justificación de las políticas y las decisiones mediante un proceso donde se alcancen “razones aceptables de manera mutua” para aquellos que estén vinculados por ellas. Y el logro de tales acuerdos justos requieren de tres principios: reciprocidad, publicidad y rendición de cuentas, “Cada uno dirige un aspecto del proceso de dar razones: el tipo de razón que debería otorgarse, el foro donde deberían presentarse y los actores a quienes se deberían exponer” (Gutmann & Thompson, 1996, p. 52).

Como décimo presupuesto de la democracia deliberativa, aparece la institución de una Constitución. Gutmann y Thompson desarrollan la idea de una Constitución de la democracia deliberativa para superar los límites del procedimentalismo y garantizar aquellos principios que “extienden más allá las condiciones de la deliberación hacia su contenido” (Gutmann & Thompson, 1996, p. 200). En vez de usar principios tales como los derechos entendidos como triunfos, “la búsqueda de respuestas justificables tiene lugar a través de argumentos restringidos por principios constitucionales que son, a su vez, desarrollados a través de la deliberación” (Gutmann & Thompson, 1996, p. 200). Por tanto, la Constitución de la democracia deliberativa requiere que los tres aspectos: democracia, derechos y lo histórico, “desempeñen un papel en el razonamiento práctico que conduce a la justificación de acciones y decisiones” (Nino, 1996, p. 13). De esta manera, Nino concibe la Constitución de la democracia deliberativa en términos de darle al razonamiento práctico en la deliberación una estructura de dos etapas: la primera etapa evalúa la práctica existente con base en principios, tales como “la constitución ideal de los derechos” (p. 218). Mientras la primera etapa permite justificar la práctica, la segunda etapa

“implementan la práctica misma para tomar la decisión necesaria” (Nino, 1996, p. 218) con el contexto de la Constitución en curso.

Expuestos los puntos en los cuales algunos autores concuerdan se puede cimentar una democracia deliberativa, es necesario advertir que es posible distinguir entre muchas y diferentes versiones de lo que es la democracia deliberativa, como las dadas por Elster (1998), Bohman (1996), Cohan (1989) y Nino (1991), esta investigación se detendrá en la sustentada por Roberto Gargarella, para quien, la concepción deliberativa de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, es decir, que no están sesgadas a favor de un grupo o persona, sino que todos se tratan con igual consideración (Gargarella, 2011). Para el profesor argentino, la democracia deliberativa presenta como rasgos característicos: primero, la aprobación de las decisiones públicas después de un largo proceso de discusión colectiva. Segundo, el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de todos aquellos que se verían potencialmente afectados por las decisiones en juego³⁸ (Gargarella, 2006a).

Refiere el catedrático, que esta clase de democracia deliberativa obliga a que las decisiones públicas estén ancladas a una base consensual amplia, formada por todos los sectores de la sociedad, esto es, mientras menos sea el alcance e intensidad de la participación de los ciudadanos, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso deliberativo sea imparcial (Nino, 1991). Advierte Gargarella que, la amplia intervención colectiva es percibida como una condición primaria y necesaria para la imparcialidad. En consecuencia, la principal

³⁸ Dicha definición se relaciona con la propuesta de Jon Elster, para quien dicha noción, “incluye la toma de decisiones colectivas con la participación de todos los potencialmente afectados, o por ellos a través de sus representantes: ésta es la parte democrática” (Elster, 1998). Todos acuerdan a también que dicha noción incluye la toma de decisiones por medio de argumentos presentados por y para participantes comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad: ésta es la parte deliberativa.

virtud de la democracia es que facilita y promueve la discusión pública, y si tal discusión faltare, no sería razonable pensar que las decisiones que se adoptan sean imparciales, ni tampoco que darían buenas razones (Gargarella, 2011).

En el libro: *La justicia frente al gobierno*, Roberto Gargarella, señala algunas características de la democracia deliberativa, comenzando por referirse a que dicha democracia valora, no solo la expresión de la opinión de los ciudadanos por medio el sufragio, sino que también valora la deliberación colectiva que precede a dicha expresión. Tal deliberación, permite que las decisiones políticas sean imparciales, que no beneficien únicamente a un grupo social a costa de otro; la democracia promueve una deliberación anterior a la adopción de decisiones políticas. Deliberación que se da en espacios políticos adecuados para ello. Esta teoría de la democracia supone que las opiniones, preferencias o posturas de las personas no estén fijas, sino que son modificables, lo que permite mostrar las virtudes propias de la deliberación, así: i) cuando las personas aportan opiniones y preferencias a la deliberación colectiva las someten a un filtro externo, siendo las discusiones el medio por el cual pueden reflexionar y comprenden que tanto opiniones y preferencias pueden traer consecuencias negativas que habían pasado inadvertidas, o son contradictorias con otros juicios ya emitidos o simplemente poco deseables (Gargarella, 2011); ii) la deliberación resulta importante por su función “positiva”, ya que al intercambiar ideas y argumentos se presenta enriquecimiento de los juicios al tener más información con la cual construir preferencias nuevas o modificar las ya existentes; de esta manera, la deliberación le permite a las personas no descartar opciones porque no las conocen o porque no conoce la validez de las que ya descartó (Gargarella, 2011).

Continuando con las virtudes de la deliberación: iii) puede ayudar a eliminar los prejuicios, o malentendidos, o errores de interpretación capaces de afectar el valor de las decisiones, para lo

cual, las personas que participan en la discusión se encuentran obligadas a esforzarse para que las posturas que presentan sean realmente convincentes y sólidas, y no basadas en el interés particular sino en el interés y bienestar de toda la sociedad. Como consecuencia de todo esto, si se toma una decisión aceptable por todos los que en ella participaron, ello implica que dicha decisión es correcta³⁹ e imparcial (Gargarella, 2011); iv) también destaca que la deliberación es provechosa para las personas por cuestiones pedagógicas. Para deliberar es necesario escuchar posturas diferentes a las propias y respetarlas, así como forzarse a presentar contraargumentos válidos a dichas posturas cuando sea del caso, de tal manera que como resultado las personas pueden mejorar sus capacidades para razonar y para vivir en comunidad con otras y otros puntos de vista diferentes a los suyos (Gargarella, 2011).

Implícita en los postulados arriba expuestos, Gargarella expone, que en una comunidad no existen, ni deben existir élites epistemológicas que puedan tomar decisiones por los demás (Gargarella, 2011). Es decir, grupos de personas que por tener ciertas características tengan la potestad sobre qué es lo que ellas quieren o desean frente a temas particulares. Esta visión de la democracia supone que cada persona se debe ocupar de presentar y defender sus preferencias frente a todas las demás (Gargarella, 2011).

Una vez relacionadas las virtudes de la deliberación, Roberto Gargarella centra su atención en la relación entre democracia deliberativa y revisión judicial, la cual considera que no parece fácil, y para explicarla comienza por citar a Dennis Thompson:

³⁹ Gargarella no explica qué entiende por una decisión “correcta”, pero se puede concluir que refiere a la mejor de todas las decisiones posibles. Al respecto dice: “Por razones como las antedichas, la tradición (genuinamente) radical defiende, en principio, la más amplia interacción pública en el proceso de toma de decisiones como norma de contribuir a una toma de decisiones correctas” (Gargarella, 2011, p. 179).

La democracia deliberativa no excluye la revisión judicial como un posible arreglo institucional, pero insiste que frecuentemente habrá desacuerdo acerca de cuáles libertades deben ser inviolables, y considera que incluso cuando existe acuerdo habrá una razonable disputa acerca de su interpretación y acerca de cómo deben ser consideradas en relación a otras libertades. Las libertades son sujetas a revisión como resultado de nuevas observaciones filosóficas o de evidencia empírica y, más importante aún, de retos que surgen en las deliberaciones democráticas reales. (Thompson, 1999, como se citó en Gargarella 2006 a, p. 20)

A pesar de lo dicho, Gargarella considera que en principio existen razones para pensar que quienes defienden una concepción deliberativa de la democracia, favorecieran de cierta forma la revisión judicial de las leyes, particularmente en lo que compete a la aplicación de los derechos sociales (Gargarella, 2006a), entre la cuales se cuentan: los jueces se encuentran en términos institucionales en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el poder judicial recibe demandas de los que son, o sienten que han sido tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones, y están obligados a escuchar las diferentes partes en el conflicto. Además, los jueces poseen diversas herramientas que facilitan la tarea para enriquecer el proceso deliberativo y ayudar a corregir sus diversas imparcialidades (Gargarella, 2006a). También pueden bloquear la aplicación de una norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden señalar que una violación de derechos se debe corregir en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador, al cual también puede sugerir posibles soluciones dejando la decisión en sus manos (Gargarella, 2006a).

Ahora bien, a la tesis por la cual los demócratas deliberativos deben defender la revisión judicial, especialmente en el área de derechos sociales, Gargarella antepone algunas críticas que

ponen en duda la afirmación anterior. Las críticas se pueden sintetizar así: diferencia entre los conceptos de revisión judicial y supremacía judicial. La revisión judicial es la actividad por la cual los jueces revisan la validez de las normas legales y administrativas, mientras que la supremacía judicial, está relacionada con “la noción de que los jueces tienen que tener la última palabra cuando se trata de interpretación constitucional, y que sus decisiones determinan el significado de la Constitución para todos” (Kramer, 2001, p. 6). Sin embargo, el apoyo que goza la supremacía judicial en los círculos legales junto con la práctica de la revisión judicial, es lo que genera mayor tensión entre los defensores de esta práctica y los que apoyan la democracia deliberativa, pues quienes valoran la democracia por sus componentes mayoritarios tienen motivos para criticar la supremacía judicial, con fundamento en la idea de igualdad que subyace a la de respeto a la voluntad democrática. De esta manera, la idea de respeto igualitario permitiría a una minoría de jueces imponer sus propias opiniones al resto del pueblo (Gargarella, 2006, p. 27). El autor asegura que, dicha posibilidad es preocupante cuando, como dice Waldron, los jueces también toman decisiones por medio de procedimientos mayoritarios como consecuencia de las disidencias dentro de la Corte, que reflejan desacuerdos existentes fuera de los tribunales (Gargarella, 2006a).

De esta manera, propone Gargarella como argumentos que fortalecen la crítica contra la supremacía judicial en relación con la democracia deliberativa: la supremacía judicial se basa en las virtudes intelectuales de unos pocos sin ayuda de las capacidades epistémicas de los ciudadanos. Idea errónea porque las cuestiones públicas no las sujetan al debate abierto y constante, lo que resulta en la práctica, que las decisiones judiciales se convierten en finales, pese a que las otras ramas del poder insistan en sus propios criterios, así los tribunales constitucionales pueden imponerlas. Resultando inadecuado la imagen del diálogo cuando los jueces tienen la oportunidad de insistir con éxito en favor de sus propias decisiones, sin importar la formulación

de una solución opuesta por parte del Congreso (Gargarella, 2006a). De esa forma, la idea del diálogo remite a un igualitarismo ausente, un desbalance no del lado de la gente, sino del poder judicial —la rama menos democrática del gobierno— la más alta autoridad constitucional (Gargarella, 2006a).

Como segundo comentario crítico, refiere a las motivaciones judiciales. Advierte el profesor argentino que, algunos autores consideran que la actividad judicial resultaría justificable si los jueces concentran sus esfuerzos en salvaguardar el proceso político (Ely, 1980)⁴⁰; o si los jueces se convirtieran en la “la voz de las minorías sin poder” (Fiss, 1976)⁴¹; o si razonaran evitando las abstracciones, por analogía y no por principios generales amplios, y decidieran con cuidado, tomando un caso a la vez (Sunstein, 1999). Asegura que, si los jueces se comportaran de acuerdo a las propuestas expuestas, sus decisiones resultarían menos objetables desde la perspectiva de la democracia deliberativa (Gargarella, 2006a). Sin embargo, considera que el problema radica en que, no hay motivos para creer que los jueces se vayan a inclinar a actuar de la forma antes recomendada, lo que se debe, a que carecen de incentivos institucionales para ello. Y concluye, que no existen garantías para que los demócratas deliberativos apoyen la supremacía judicial (Gargarella, 2006a).

En esta misma línea de proposición, Gargarella señala que, conforme al diseño institucional es preferible que aquellas fuentes formales que privilegian la deliberación deben ser preferidas para tomar las decisiones sobre temas que la sociedad considera fundamentales, por lo cual, es la

⁴⁰ Para Ely (1980), el proceso político se encuentra viciado cuando, los que gobiernan bloquean los canales del cambio político para asegurar su permanencia en el poder.

⁴¹ Fiss (1976), afirma que cuando el producto de un proceso político es una ley que causa daño a las minorías, la objeción contramayoritaria a la invalidación judicial tiene poca fuerza. Así, el sistema judicial podría ser visto, en tal sentido, como el amplificador de la voz de la minoría sin poder, como le intento de rectificar la justicia del proceso político como método de ajuste de querellas.

rama legislativa la cual debe asumir esa función porque es la más representativa, no siendo deseable que dichas decisiones sean tomadas en espacios poco representativos, en donde los miembros no son elegidos por votación popular y son cerrados al público, como los despachos judiciales o en las oficinas institucionales de funcionarios administrativos porque carecen de unas condiciones para adelantar una deliberación (Gargarella, 2011).

En conclusión, Gargarella plantea que los jueces deben ser únicamente vigilantes de los canales de participación democrática, y por ende no deben intervenir en los derechos sustanciales, por lo tanto, el papel que desempeñan es limitado, pues de lo contrario, ejercerían un poder contramayoritario (Agudelo, 2014). Así como, rescata que el verdadero debate sobre la política y los derechos debe darse en la plaza pública, constituyéndose los jueces en simples observadores, aplicadores del derecho conforme a los lineamientos de la democracia deliberativa.

Capítulo III

3. Diálogo entre poderes

3.1. Introducción: El diálogo

El diálogo es un fenómeno consustancial a la especie humana, y por el momento, esta es la única capaz de dialogar. No hay posibilidad de funcionamiento de la sociedad humana sin el diálogo. Y si bien, existen una multitud de situaciones que se desarrollan perfectamente sin el diálogo y en las cuales la interlocución sería inapropiada, lo cierto es que, sin diálogo en la interacción de los individuos, la convivencia sería imposible. La realidad es que el diálogo implica atravesamiento, traspaso. El prefijo *dia* - significa “a través de”, lo que sugiere un cruzamiento con o una entrega a la alteridad al otro, mientras que, el sustantivo *logos*, que atañe a la palabra: refiere a la creación de un ámbito intermedio en cual los *logoi* (discursos) se entrecruzan. Se trata, al decir de Domingo (s.f.), de un acontecimiento relacional que procura la comprensión de aquello sobre lo que se conversa y de aquel con quien se conversa; de allí, que uno de sus aspectos fundamentales: es un acontecimiento, que implica la comprensión de algo comunicado, y la comprensión de alguien comunicante.

Para la Real Academia de la Lengua Española, la palabra diálogo parte del latino *dialōgus* y este del gr. *διάλογος* diálogos entendido como “una plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos”. Al respecto, David Bohm sostiene que, la imagen proporcionada por dicha etimología sugiere la existencia de una corriente de significado que fluye entre, dentro y a través de los implicados. El diálogo hace posible, en suma, la presencia de una corriente de significado en el seno del grupo, a partir del cual emerge una nueva comprensión, algo creativo que se hallaba, en modo alguno, en el momento de partida. Y este

significado compartido es el aglutinante, que sostiene los vínculos entre las personas y las sociedades (Bohm, 1997).

El mismo autor, menciona que, el espíritu del diálogo se concibe como un intercambio en el cual nadie trata de ganar y, si alguien gana, todo el mundo sale ganando. No se trata de obtener más puntos ni de hacer prevalecer una determinada perspectiva porque, cuando se descubre un error, todos salen ganando. El diálogo es un juego que califica como el “ganar – o – ganar”, por lo que, es más que una participación común en la que no estamos jugando contra los demás sino con ellos. Siendo su verdadero objetivo, penetrar en el proceso del pensamiento y transformar el proceso del pensamiento colectivo (Bohm, 1997).

Ahora bien, el constructo “diálogo” se ha desarrollado en el tiempo como producto de diferentes aportes y tendencias, desde los diálogos socráticos y de Platón, concebidos como interacciones dirigidas al crecimiento personal y la enseñanza, hasta el que se presenta en la actualidad, en la cual se encuentran diferentes formas de interacción mediante ciertos elementos que cuando se dan en común configuran un diálogo. El diálogo constituye un verdadero punto nodal para la teoría social normativa, que no postula la discusión y la argumentación racional como método decisorio.

Ahora bien, en la actualidad el estudio del diálogo resulta ser necesariamente interdisciplinario, como lo afirman Velasco Castro y Alonso de González (2009) al citar a Møller (2000) y Sampson (1993), pues implica a disciplinas muy diferentes como la filosofía, las matemáticas o la retórica; así como a terrenos de por sí interdisciplinarios, tales como la pragmática, el análisis conversacional, el análisis de la interacción, el análisis del discurso, la teoría de la argumentación, el diseño organizacional, los estudios interculturales del diálogo, entre otros (Velasco y De González, 2009) . Proponen los referidos autores una explicación de la concepción

de cierta clase de fenómenos como la exposición y el análisis de argumentos diversos en el marco de una conversación entre dos partes, involucradas en términos de preguntas y réplicas, siendo una vieja idea, como bien recuerda Walton (2000), que viene de antes de Platón y a la que este dio carta de naturaleza en la filosofía a través de los diálogos socráticos. Posteriormente, Aristóteles con la sistematización de la silogística, examinó las clases de argumentos usados en una discusión.

El estudio del diálogo, continuó desarrollándose en la Antigüedad, siendo considerado solo de modo instrumental al discurso filosófico, como un medio de expresión entre otros. Pero sería Martín Buber, con quien tomaría una nueva relevancia, con su filosofía del diálogo, conocida como filosofía personalista, que oscila entre lo trascendente y lo antropológico, y que permitió pensar en el diálogo no como mero instrumento del pensamiento, sino como una forma éticamente privilegiada de comunicación (Buber, 1993). Este filósofo judío vienés, sustenta su teoría en su libro: *Yo y Tú* de 1923, aunque aparecen algunos trazos en su obra *¿Qué es el hombre?* de 1942. La obra de este autor, se enfoca en reflexionar sobre la manera en que el individuo se aproxima a Dios a través de su cotidianidad y la necesidad de establecer un vínculo entre el sujeto y lo divino. Buber influenciado por varios filósofos de su época, desarrolla una propuesta dialógica, en la cual, el punto de partida es concebir que no existe un yo aislado, sino siempre en relación con otro. Para Buber el otro es el tú, que adquiere, según la forma de relación implementada, propiedades de tú (persona), de ello (mundo actual) y de tú (lo divino). Con todo, el yo entra en relación con el tú, y establece relaciones, por lo que nunca está solo. De esa manera, Buber pregona el diálogo como comunicación existencial, partiendo de la esfera de lo intersubjetividad, cuyo desarrollo de esa esfera es precisamente el diálogo.

Según Vivian Romeu, son las principales aportaciones de Buber, aquellas que entiende la comunicación como diálogo, y el diálogo como aquello que trasciende el lenguaje; el diálogo como

vehículo comunicativo que remite a una relación auténtica entre personas, a una “relación viva” que enriquece al ser y asegura el intercambio de ideas; en términos éticos, el diálogo funciona como instancia en la que el individuo reconoce al otro en su alteridad, y a partir de ello, es capaz de reconocerse a sí mismo en su finitud —Buber supone que el diálogo y por extensión la comunicación, tiene la capacidad de transformar al ser humano—; mediante la comunicación se establece el mundo de la relación, que es inicio y no finalidad; y, el mundo de la relación es el lugar de la necesidad del ser, de buscar al otro para comunicarse en una esfera común que los sobrepase a ambos (Romeu, 2018).

Los enunciados anteriores permiten pensar en el diálogo no como una mera conversación entre dos personas, sino como un escenario para la comprensión mutua que es necesario sostener para una comunicación sana y eficaz. En este sentido, la comunicación se entenderá como la necesidad de compartir y no como necesidad de poder, desde una visión humanística y ética⁴². Lo que se denomina comunicación dialógica, y entenderla como un tipo de comunicación que apela a la intersubjetividad, el reconocimiento y la acción común (Romeu, 2018).

Bajo estos parámetros, la teoría del diálogo se introdujo en la contemporaneidad vía la filosofía del lenguaje, o al menos desde Grice con sus escritos sobre el esquema del argumento, se desplazó de un interés normativista o prescriptivo hacia uno descriptivo y explicativo (Grice, 1975), por lo cual, según Velasco Castro y Alonso de González (2009), el análisis del diálogo ha seguido tres grandes corrientes:

En primer lugar y de manera tradicional, como ya se anunció, un punto de vista filosófico; mientras la segunda corriente se refiere desde el estudio formal como elemento abstracto, mediante

⁴² Las aportaciones de Buber permiten plantear algunas preguntas: ¿Qué es la comunicación sin diálogo?, ¿cuál es el papel de la comprensión en los procesos comunicativos?, ¿la comunicación, el diálogo, pueden transformar al ser humano?, ¿puede haber comunicación fuera del poder?, ¿hablar de comunicación es hablar de interpretación?

modelos contruidos con herramientas formales como las matemáticas o la lógica simbólica; y la última, el uso del diálogo como herramienta, tal como ha sido el caso en la psicología clínica, la mediación, el análisis del conflicto, etc. Desde la filosofía se presentan tres corrientes principales en el estudio del diálogo, como son i) la tradición fenomenológica, centrada en el estudio de los fenómenos aparentes al sujeto dentro del diálogo, que parte de Husserl que trata al diálogo como elemento primordial de la intersubjetividad (Velasco Castro y Alonso de González, 2009); ii) la tradición hermenéutica, que tiene como referente a Gadamer (Velasco Castro y Alonso de González, 2009), para quien el diálogo es índice de la lingüística de la orientación al mundo, es decir, en la medida que seamos capaces de interactuar en términos igualitarios y respetuosos con el otro, en esa medida somos capaces de comprender, usar y aplicar el lenguaje. Donde esta hermenéutica dialógica tiene como núcleo central el diálogo, donde la vida humana solo tiene espacio en el diálogo; iii) la ética dialógica, de acuerdo con esta, los valores y la felicidad son subjetivos, lo que conlleva a hablar de la tradición kantiana, según la cual la ética ha de ocuparse de la universalidad de la moral, permitiendo que todos los afectados comprueben la universalidad de una norma aplicando procedimientos racionales (Velasco Castro y Alonso de González, 2009).

En cuanto a la corriente del estudio formal del diálogo, implicó el trabajo sobre modelos abstractos basados algunos en Hamblin (1977) y sus estudios sobre la modelización formal de la dialéctica. Hamblin creó modelos matemáticos del diálogo que denominó sistemas dialécticos formales, es decir, estructuras formales para representar secuencias de argumentación racional. Posteriormente, a partir de la teoría de la argumentación y la lógica informal, así como de otras lógicas no tradicionales, se ha permitido examinar de modo formal los argumentos informales empleados en la vida diaria, dando lugar a considerar de modo diferente la racionalidad y la

argumentación en la comunicación humana (Walton, 2000), conduciendo al intento sistemático de evaluar los argumentos del razonamiento cotidiano.

Finalmente, frente al uso del diálogo como herramienta, se está en presencia del diálogo como dispositivo social, esto es, su uso como medio por parte de los sujetos en su vida diaria, o bien, su empleo terapéutico o en general como un medio de trabajo científico aplicado, y en el cual se pueden identificar tres tendencias: desde una perspectiva remedial, empleado en la clínica y la terapéutica, siendo un diálogo desde la perspectiva subjetivista y personalista del cual habla la escuela psicológica de Hermans (2002) y que se fundamenta en la concepción del “Yo dialógico”. Así también, el diálogo como fenómeno interactivo, que hace alusión a la teoría de la conversación; por último, el diálogo como instrumento en la mediación y resolución de conflictos, en la medida en que se trata de una manera de comunicación que requiere de la escucha de otro, resultando una estructura adecuada para procurar el acuerdo entre sujetos en conflicto (Velasco Castro y Alonso de González, 2009).

Luego de partir de las concepciones generales de diálogo, ha llegado el momento de centrar la mirada hacia una aproximación puntual en el ámbito político de lo que ha sido definido por Cuentas y Linares Méndez (2013) como diálogo democrático. Dirigido a aquel diálogo que respeta y fortalece la institucionalidad democrática y busca transformar las relaciones conflictivas para evitar las crisis y la violencia y contribuir, por tanto, a la gobernabilidad democrática. Este diálogo democrático es siempre un proceso de cooperación y trabajo conjunto y puede incluir una o más reuniones de los actores del diálogo. Un diálogo opera con una mirada sistémica de la problemática en cuestión y por ende busca incluir a un grupo diverso de actores relacionados con dicha problemática, y no solamente a partes que buscan negociar un tangible (p. 10).

El diálogo democrático se dirige hacia un proceso participativo que aborde las necesidades de los dialogantes para trabajar con una visión de actuación concreta en la regulación de relaciones en conflicto. Los expertos en diálogo de la OEA definen este concepto sencillamente como un “proceso de resolución de problemas” que “se utiliza para abordar temas económicos y sociopolíticos que una o varias instituciones gubernamentales no pueden resolver por sus propios medios en forma adecuada y efectiva” (Pruitt y Thomas, 2008, p. 19).

Es posible visualizar que el diálogo democrático encamina a los participantes en un desafío, como es transformar las condiciones sociales que, si bien no radica en evitar conflictos, sí fortalece las estructuras sociales como “herramienta de cambio y de formación de consensos que apuntan al equilibrio de poderes en la sociedad, abriendo nuevos canales de acceso y de participación a la ciudadanía” (Cuentas y Linares Méndez 2013, p. 10), entonces, “[d]urante un proceso de diálogo se trabaja para lograr un entendimiento sistémico de la problemática y fortalecer las relaciones entre todos los actores involucrados” (Cuentas y Linares Méndez 2013, p. 10), que posibilite identificar acciones transformadoras.

Es diáfana la extensión que a nivel mundial se ha hecho del diálogo donde los practicantes afrontan desafíos por diferencias culturales que, han requerido firmes recomendaciones en el *Strategic Outlook on Dialogue* (Panorama Estratégico del Diálogo) del PNUD para utilizar “el término ‘diálogo’ con un amplio conocimiento de las diferencias existentes en los contextos culturales” que permita sobrepasar distracciones dialécticas y obstáculos edificados en la forma como se abordan los temas a tratar y sus procesos y, con ello, lograr depurar externalidades y así captar una atención pura de los participantes que conlleve a una mayor probabilidad de obtener resultados certeros. Como lo ha evidenciado el PNUD, en América Latina y el Caribe, se utiliza extensamente el término “diálogo democrático” dado que, la

proliferación del diálogo se ha enfocado en reforzar la gobernabilidad democrática. En el informe de una conferencia sobre las experiencias de diálogo nacional en la región, patrocinada en forma conjunta por IDEA Internacional y el Banco Mundial, los términos “diálogo y “diálogo democrático” se utilizan de forma intercambiable. Dicho documento afirma lo siguiente: “En la medida que el diálogo es un método, resulta evidente que sin éste la democracia pierde su significado” (Pruitt y Thomas, 2008, pp. 42-43)

Los citados autores mostraron tres criterios que el PNUD estableció en documento inédito del año 2005 como ayuda para diferenciar los diálogos democráticos desde i) su objetivo para abordar problemas sociales complejos que las instituciones existentes no están atendiendo de forma adecuada, ii) participantes: un microcosmos del sistema que crea el problema y que debe formar parte de la solución y iii) el proceso como un diálogo abierto e incluyente, que permite la construcción de la confianza necesaria para alcanzar acuerdos sobre acciones concretas.

Bajo este panorama, se presenta como alternativa: la democracia deliberativa que permite el uso del diálogo como herramienta de la democracia con el objeto de alcanzar acuerdos. La democracia deliberativa, de la cual ya se hizo referencia en el capítulo II de este trabajo, y a la que se puede arribar haciendo uso del diálogo como método para llegar a una decisión legítima, fundamentada en una justificación política adoptada en virtud de un procedimiento democrático en cuyo desarrollo se encuentra presente un proceso intersubjetivo de carácter argumentativo, que permite deliberar para alcanzar razones aceptables de manera mutua, aprobadas públicamente después de un proceso de discusión colectiva de todos aquellos que presumiblemente se verían afectados, y que formarían parte de todos los sectores de la sociedad, es la que en forma pretenciosa pretende a través de la deliberación constituirse en la legitimidad de las decisiones democráticas y el único medio razonable para la coexistencia pacífica. De esta manera, la democracia deliberativa

consiente la discusión pública sobre diversos temas y solventa los desacuerdos de una manera justa para determinar cómo se ha de proseguir.

Siendo precisamente sobre esta clase de democracia deliberativa y su relación con el diálogo, y con la interpretación judicial, el eje sobre el cual gira este capítulo del trabajo. Ya que son los jueces, quienes poseen herramientas que facilitan el proceso deliberativo y que permiten la adopción de decisiones sobre temas fundamentales para la sociedad mediante el manejo de órdenes dialógicas, como una salida judicial democrática delineada en escenarios de deliberación entre los distintos actores. En palabras de Cano Blandón (2021), esta mediación judicial puede entenderse como una forma de aplicar, al ámbito judicial, una tendencia más general que se ha ocupado de estudiar: i) qué implica acudir a nuevos modos de regulación alternos a la producción jurídica centralizada y jerárquica, ii) cómo ambos podrían ser compatibles y iii) por qué ha sido necesario encontrar estas alternativas de regulación más flexibles y provisionales que el derecho.

En consecuencia, este capítulo, gira en torno a la propuesta de un modelo dialógico como centro de una democracia deliberativa, en el cual, la conformación de la interpretación constitucional se defina a través de un *ongoing discusión*, es decir, una discusión en curso en la que participa el pueblo a partir de los lineamientos de las teorías descriptivas y normativas del diálogo y su institucionalización en el ámbito constitucional a partir de su adscripción a una o varias de esas teorías que permitan que los tribunales constitucionales puedan convertirse en sedes de diálogo constitucional, generando el acercamiento con el pueblo para la adopción de decisiones.

3.2. Teorías del diálogo

Como ya se mencionó en la introducción de este capítulo, siendo el diálogo un tópico de naturaleza interdisciplinaria, en cuyo estudio coexisten diferentes enfoques, sin que se vislumbre aún un paradigma que lo maneje en forma integral, siendo los acercamientos más completos los

realizados en sus trabajos por Mann (s.f.), Bunt (2000) y Walton (2000), es necesario, en primer término, referirse al análisis de los diferentes modelos del diálogo que realizaron Velasco Castro y Alonso de González (2009), quienes, pretenden determinar una posible teoría del diálogo, para lo cual, decantan algunos principios esenciales que constituyen su teorización. Estos son: i) los seres humanos necesitan y desean comunicarse, actuando en consecuencia; ii) la interacción humana usualmente implica la comunicación verbal; iii) la comunicación implica la generación intersubjetiva de información, transmisión, recepción, procesamiento y comprensión; iv) la comunicación, para ser posible, requiere alternabilidad y secuencialidad en las acciones de los sujetos; v) la interacción verbal regulada en turnos es el formato natural para la comunicación intersubjetiva; vi) el formato de interacción indicado se denomina conversación, diálogo espontáneo o natural; vii) la estructura de la interacción comunicativa está integrada por a) sujetos, b) reglas, c) contexto, d) manejo temporal, e) tema, y f) acciones; y viii) el diálogo es, tiende a ser y debe ser de carácter universalista (Velasco Castro y Alonso de González, 2009).

Estos axiomas constituyen la base sobre la cual se asientan los modelos acerca de lo dialógico. Sin embargo, el diálogo existe siempre y cuando se den ciertas condiciones, que cumplidas generan las situaciones en las que es posible dialogar. Velasco Castro y Alonso de González (2009), proponen que esas condiciones son: i) la competencia comunicativa, que se traduce en cognitiva: de producción de significados; intraindividual: facultad de adquirir y usar el lenguaje; e interindividual: competencia para comunicarse en la lengua; ii) reconocimiento mutuo: aceptación de la presencia del otro, comprensión psicológica del otro, y ejecución de acciones en función de las de otro; iii) contexto de reconocimiento: condiciones sociales y ambientales que permiten reconocer al otro como semejante (Velasco Castro y Alonso de González, 2009).

En conclusión, de lo descrito en el párrafo anterior, se puede extrapolar que las condiciones del diálogo se concretan en pocos postulados, donde el principal gira en torno a que el mismo debe darse como mínimo entre dos sujetos que puedan comunicarse entre sí, con capacidad de comprender y tolerar la eticidad del otro, y bajo la existencia de un contexto de comunicación que sea propicio para establecer el diálogo, de lo contrario no es posible que la comunicación dialógica se produzca.

Ahora bien, siendo el problema teórico principal en el área del diálogo encontrar una teoría completa del mismo, y dada su interdisciplinaridad, y sin pretensiones de llenar ese vacío, es menester en segundo término, referirse al diálogo en la teoría política y el derecho, toda vez que la pretensión de este trabajo es estructurar un modelo dialógico teniendo como cimiento la democracia deliberativa y dar aplicación a una de las corrientes del constitucionalismo popular en pro de recuperar para el pueblo la interpretación constitucional. Es así como en esta línea de análisis, el diálogo, es concebido como el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales (Nino, 1996, 1997), en términos más sencillos, el libre procesamiento de temas y contribuciones, así como de información y argumentos pertinentes hace presumir que los resultados obtenidos son racionales (Habermas, 1994).

En este contexto, resulta indispensable referirse a las teorías éticas dialógicas de Jürgen Habermas y John Rawls, cuyas propuestas permiten la posibilidad de construir un paradigma consensual discursivo dentro del propósito de la democracia deliberativa que constituya la base de un acercamiento dialógico entre los jueces como intérpretes de la Constitución y las demandas del pueblo en diversos temas, toda vez que, tienen en común su carácter dialógico, esto es, se preocupan por la dimensión comunicativa y/o lingüística, por las condiciones de la comunicación en las que los grupos humanos pueden elaborar códigos de valores y normas morales comunes y

beneficiosas para todos los miembros de la sociedad, y en este sentido recogen la herencia de la idea kantiana del “respeto a la persona” y la preocupación social de los utilitaristas.

Estas éticas dialógicas inciden en el estudio de las estrategias de diálogo entre los individuos porque han llegado a la conclusión que solo de este modo se puede construir un mundo moral. Advierten, que solo en una búsqueda conjunta de todos los miembros de una sociedad es como se puede llegar a determinar valores morales positivos, y no indagando en la naturaleza humana en abstracto. En este sentido, esta clase de éticas superan el excesivo teoreticismo que estarían presentes en gran parte de las éticas, incluyendo la de Kant, y que, ya había denunciado Nietzsche.

La teoría de la justicia de John Rawls muestra una situación ideal de imparcialidad que se traduce en una posición originaria, la cual debe servir de criterio de actuación en el procedimiento a seguir en una reunión para negociar modos de convivencia, tanto desde las instituciones como en las asociaciones de ciudadanos diversas o entre grupos menores de personas. Dicho ideal es aplicable cuando se quiere dotar de unos mínimos morales básicos para todos. Sin embargo, surge el interrogante: ¿Cómo definir esa posición originaria? El filósofo norteamericano pretende que por medio de la imaginación, las personas puedan ubicarse en el principio de los tiempos, como si fueran los primeros hombres y mujeres de la historia, sin pasado alguno a nivel personal ni colectivo, sin estatus social previo, con lo cual no existirían situaciones de privilegio heredadas, y sin conocimiento del nivel intelectual de cada uno, lo que permitiría partir de un momento cero de la vida personal.

Para ayudar a imaginar un estado cero de la vida de una persona, Rawls propone un cierto “velo de ignorancia” sobre la situación real y actual que cada uno tiene en las negociaciones, con el objeto de establecer mínimos morales básicos equiparables a todos los hombres y mujeres, a

todas las personas en la convivencia con los demás, colocando un paréntesis en la tendencia egoísta de aprovecharse de situaciones de ventaja, ya sean naturales o sociales. Tanto la “posición originaria” como el “velo de ignorancia” constituyen un artificio mental que se debería aplicar a modo de compromiso moral. De esta manera, solo partiendo de una creación mental como la propuesta, todas las personas actuarían en un diálogo constructivo, asegurando mutuamente la libertad básica y la igualdad fundamental de oportunidades para desarrollar en la vida personal todas las singularidades naturales y sociales conciliables con libertades e igualdades básicas generalizadas (Rawls, 1999).

En cuando a la teoría del discurso de Habermas, el filósofo alemán, indaga en el lenguaje y en las situaciones diversas de comunicación entre las personas. El profesor de la Escuela de Frankfurt enuncia una serie de principios y reglas que deben darse en todo diálogo para que pueda desarrollarse y concluirse desde un interés moral mutuo. De acuerdo a Habermas en el marco de la lógica de una ética procedimental de carácter dialógico, para comprobar si una norma es correcta, habrá de considerarse dos principios: i) el principio de universalización, que es una reformulación dialógica del imperativo kantiano de universalidad; y ii) el principio de la ética del discurso, por el cual solo tienen validez las normas que son aceptadas por todos los afectados. Por tanto, una norma únicamente se considerará como éticamente correcta si todos los afectados están de acuerdo en dar su consentimiento porque satisface intereses universalizables, esto es, intereses no particularistas, lo que refleja la mixtura entre el imperativo categórico kantiano y el principio dialógico.

De esta manera, en la ética discursiva, son consideradas justas las normas de acción a las que todos los afectados darían su asentimiento tras un diálogo celebrado en condiciones de simetría, movidos todos por las fuerzas del mejor argumento, fundamentado en que esa norma

satisfaga intereses universales, no particularistas (Habermas, 1994). Por tanto, las normas del “discurso”, son normas éticas a las cuales las personas deben comprometerse para tender a una situación ideal de comunicación moral. Dichas normas pueden resumirse así: i) no se puede excluir del diálogo a ninguna persona que manifieste tener interés en el problema sobre el cual se dialogue; ii) en curso el diálogo todos los interesados tienen igual derecho a intervenir sin coacción; y iii) comprobación colectiva de que la decisión o norma moral concreta a la que se llegue después de desarrollado el diálogo sea asumida por todos los afectados. Y si bien, Habermas habla del diálogo, no brinda una definición concreta, por lo que se trata de una apuesta en diálogo del imperativo kantiano, de su interpretación y aplicación en clave dialógica, así como de una reinterpretación del concepto de persona, entendido como “interlocutor válido” en la decisión de las normas que le afecten (Habermas, 1994).

En síntesis, en palabras de Velasco Castro y Alonso de González (2009), las características esenciales de una ética dialógica son: i) es una ética procedimental, ya que no se trata de contenidos morales sino de procedimiento para establecer la validez de la norma moral; ii) es una ética deontológica en tanto su interés se encuentra en la corrección o validez, lo justo antes que lo bueno; iii) es una ética cognitivista, fundamentada en el examen racional de la norma; iv) es ética universalista; y v) es ética deliberativa.

Así, en dicha ética dialógica, emerge el diálogo con un carácter de comunicación pacífica y equitativa reclamando un puesto privilegiado entre las variedades de la interacción comunicativa, donde la comunicación está revestida de eticidad, no solo porque el diálogo es una forma de comunicación éticamente aceptable, sino porque presenta la probabilidad de ofrecer resultados éticamente aceptables para los involucrados. En consecuencia, ese diálogo que al tenor de

Habermas se convierte en una instancia básica, y que se guía por principios y reglas, es un verdadero “discurso”.

En conclusión, para el profesor alemán, la razón moral para la progresiva emancipación del hombre en la sociedad es rescatable solo a través del diálogo racional, siendo la situación ideal de este la comunidad de comunicación que permite reproducir, a partir del lenguaje, los fines kantianos. Así, la comunicación auténtica cumple una función legitimadora, porque establece los principios del verdadero consenso que determinan las normas, que permiten construir sociedades democráticas y plurales desde una fundamentación moral sólida (Habermas, 1994).

De otra parte, autores como Niembro hablan de las bases de un modelo dialógico, y centran su atención en la descripción de un paradigma discursivo. Resalta el autor citando a Juan Carlos Velasco Arroyo que, de acuerdo a esta teoría el sujeto desempeña los papeles de hablante y oyente. Lo cual, presupone una capacidad comunicativa, es decir, la capacidad de los hablantes para comunicarse entre sí (Velasco Arroyo, 2000). Lo que presupone que cualquier ser humano tiene la posibilidad de adquirir información y la competencia para tramitarla (Alexy, 2008). Así como también, las personas pueden justificar con razones y hacerse responsables de sus creencias y acciones (Rainer, 2012). Lo que permite a quien pretende fundamentar algo, defender su posición (Alexy, 2008) y considerar que sus convicciones son solo un conjunto entre otras (Waldron, 2005). Siendo el otro un interlocutor con los mismos derechos, capaz de pensar y deliberar de buena fe (Waldron, 2005). De esta manera, asegura Roberto Niembro, se requiere de los ciudadanos un poco de civilidad, para que los ciudadanos puedan explicarse unos a otros cómo las políticas y los principios por los que abogan pueden fundarse en los valores políticos de la razón pública (Niembro, 2017). En otras palabras, los ciudadanos deben considerar en forma recíproca sus razones de manera racional, de manera que las virtudes de un ciudadano sean la tolerancia y la

justicia, la disposición al diálogo y la búsqueda de las razones, así como la solidaridad y responsabilidad con los miembros de la comunidad y con las consecuencias de las decisiones (Rainer, 2012).

Para Niembro, conforme al paradigma discursivo, el punto de partida para pensar en un proyecto político de carácter democrático es el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas (Velasco Arroyo, 2000). Dicho pluralismo refleja el desacuerdo constante existente sobre cualquier tema y en especial, sobre cuestiones de justicia (Waldron, 2005). Siendo estas últimas, parte del proyecto discursivo que solo permite adoptar decisiones provisionales. Desde esta perspectiva, para el autor citado, la deliberación es la base de la legitimidad de las decisiones democráticas, y es el único medio razonable para la coexistencia pacífica (Ackerman, 1989), especialmente en sociedades complejas. Por lo expuesto, Niembro señala que, dichos desacuerdos solo pueden solucionarse de manera justa mediante un proceso de deliberación en la cual todos los afectados puedan participar en la decisión. Así, la capacidad deliberativa de cada individuo tiene como objeto, entre otras cuestiones, la interpretación y concretización de los derechos, lo cual implica que los miembros de la sociedad tienen capacidad decisoria en condiciones de igualdad para dirimir los desacuerdos que se suscitan (Waldron, 2005). Ahora bien, al tratarse de problemas complejos sobre los que existe discrepancia profunda, se requiere de soluciones complejas, que dice, solo pueden darse a través de un debate entre todos de cómo distribuir los derechos (Waldron, 2005).

Reflexiona el autor, que para la teoría del discurso los derechos tienen una dimensión ética, política y moral (Velasco Arroyo, 2000), que hacen que la deliberación constitucional, como discurso práctico, involucre todo tipo de razones y estrategias para la consecución de ciertos fines. En este sentido, cita a Alexy con la teoría de la argumentación jurídica, sobre la cual refiere que

busca la corrección de los enunciados normativos, y por tanto, concluye que, se trata de un discurso práctico, el cual tiene limitaciones como son la sujeción a la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y las limitaciones procesales junto con su vinculación permanente al derecho vigente (Alexy, 2008). Enfatiza que, tratándose del discurso de los derechos, se reconoce que las normas que los consagran tienen una tésitura abierta y que su contenido está sujeto a desacuerdos, que son la base de la democracia y de la necesidad de diálogo (Sunstein, 2001). Pero, como los derechos requieren una ulterior interpretación, es por lo que su contenido y extensión son el resultado de procesos deliberativos (Moreno, 2005). Así las cosas, la legitimidad de las decisiones que afectan a la colectividad derivan de un proceso deliberativo entre individuos que son considerados iguales política y moralmente (Benhabib, 1994). Por lo tanto, la Constitución y su interpretación se conciben como una obra y un proceso abierto necesariamente falibles, por tanto, revisables, que se deben adaptar a los cambios sociales teniendo en cuenta las diferentes lecturas de los miembros de la sociedad (Velasco Arroyo, 2000), cuyas razones se aceptan o no por las propias personas a través del diálogo, siendo los mejores argumentos los que se impongan.

Finalmente, Roberto Niembro, añade que la teoría discursiva propone el diseño de instituciones que propicien la discusión constitucional abierta, justa e igualitaria que permita que sean los mejores argumentos los que se impongan (Velasco Arroyo, 2000), siendo los procedimientos jurídicamente institucionalizados sobre los que recae la legitimación de producción del derecho. De esta manera, establece como requisitos que deben cumplirse para que el producto final de los procedimientos sea legítimo: i) que los destinatarios de las normas puedan entenderse como autores a través de la participación en la deliberación y en las decisiones (Habermas, 2008); ii) que sean producto de una formación discursiva de la opinión y voluntad común (Habermas, 2008); iii) que las pretensiones de validez de las normas y valores son falibles

y susceptibles de crítica y corrección (Habermas, 2008); y iv) aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar y de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros, a fin de que se hagan valer todos los intereses afectados (Habermas, 2008). Por tanto, los procedimientos institucionalizados deben garantizar que todos los temas, cuestiones y contribuciones deban ser escuchadas y se aborden, se elaboren discursos en su entorno y negociaciones con base en la mejor información y razones posibles, es decir, aseguren el tratamiento racional (Habermas, 2008).

Niembro, del paradigma discursivo destaca como característica esencial, la importancia de la participación discursiva de la sociedad civil, como elemento fundamental de la democracia (Forst, 2012), así como una sociedad deliberante y un espacio público-político (Habermas, 2008), que se sitúan en primer plano. Y en este escenario, la cultura política y las iniciativas de las diversas asociaciones como centros que permiten percibir los problemas de la sociedad, para interpretarlos y hacerlos visibles, de tal forma que atraigan la atención. En otras palabras, ayudan a través del debate y la discusión a que las personas tomen en serio determinada idea, descubran temas relevantes, contribuyendo a las posibles soluciones de los problemas mediante la interpretación produciendo buenas razones (Habermas, 2008).

En cuanto a la interpretación de la Constitución, Roberto Niembro asegura que, la participación de la sociedad civil es más importante en tanto se trata de un documento hecho en nombre del pueblo, cuyo proceso de interpretación para ser legítimo debe contar con su participación y deliberación (Oddvar, 2011). Refirió que, solo puede reconocerse como propio el texto constitucional a través de la participación de todos los implicados y comprometidos en el mantenimiento de la meta-regla del juego político y del orden social (Cascajo, 2003). Establece como dos principales tareas del constitucionalismo: i) incentivar la participación discursiva de todos en la interpretación de la Constitución (Habermas, 2008); ii) rediseñar las instituciones para

que los organismos encargados de adoptar decisiones consientan en dejarse permear por las contribuciones de la opinión pública (Habermas, 2008) por medio de los procedimientos democráticos que convierten dichos influjos en poder comunicativo (Habermas, 2008).

Atendiendo a lo mencionado respecto a la interpretación constitucional, existe la necesidad de intercambiar razones de manera igualitaria y mediante comunicación racional en la cual el juez y los miembros de la sociedad escuchen y respondan a una reciprocidad de argumentos entre interlocutores. Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción. En esa tesitura, el diálogo no solo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva (Niembro, 2017)

En consecuencia, en los modelos dialógicos el proceso de interpretación se lleva cabo a través de un intercambio de razones en pie de igualdad y el respeto a la separación de poderes, permitiendo de esta manera que la protección democrática posibilite que la adjudicación dialógica abra los casos estructurales al escrutinio público e institucionalice vías de deliberación democrática que centran el diálogo en la obtención de soluciones que conectan a distintos actores con capacidades deliberativas, como lo indica Gargarella (2014), estas prácticas de diálogo entre poderes e instituciones desvían la lógica adversarial del proceso hacia una dinámica colaborativa, donde la ejecución y la eficacia de las sentencias están asociadas al carácter dialógico de las mismas oponiéndose aquellas decisiones imperiales, con la propuesta de adaptación del andamiaje institucional del Estado liberal al rol dialógico de las Cortes donde se advierte que, tanto los litigantes y tribunales han ido abandonando el esquema tradicional para avanzar hacia un modelo

de toma de decisión de políticas de tipo experimental, lo que permite a los tribunales transformar debates de política pública sin controlarlos (Cano Blandón, 2021).

Dentro del tema general de la gobernanza experimental, explica Cano Blandón (2021), se ha desarrollado un bloque teórico específico sobre el rol regulatorio de las Cortes y la forma en que su intervención podría desbloquear situaciones complejas, en particular, por lo difícil que resulta en la actualidad para cualquier autoridad, y más aún para las Cortes, imponer decisiones. De esta forma se ha ido consolidando un nicho teórico sobre Cortes dialógicas o experimentales en el que se pueden identificar dos corrientes. Por un lado, se encuentra un grupo de autores que celebran la limitación del poder judicial y los mecanismos de diálogo con otras ramas del poder público. Se trata de formas débiles de revisión judicial, de un constitucionalismo débil, o de una justicia constitucional deliberativa, que dispone de herramientas para una revisión judicial dialógica. Este cuerpo doctrinal se refiere más al control de constitucionalidad abstracto, y a la tensión que genera la revisión judicial con el legislador, que a las órdenes del juez para la protección de derechos en casos concretos (Roa Roa, 2019).

En este contexto, es indispensable para el objeto de esta investigación, haciendo alusión a la clasificación de las teorías del diálogo y de las cuales se habló en la parte introductoria de este capítulo, referirse a las mismas, teniendo en cuenta la descripción que de ellas hace Roberto Niembro en su tesis doctoral, tantas veces citada, de la siguiente manera:

3.2.1. Teorías descriptivas - Caso canadiense

Las teorías del diálogo han introducido transformaciones con respecto al análisis y práctica frente al control judicial, entre las teorías descriptivas se encuentra la teoría canadiense, originada en la cláusula 33 de la Carta canadiense de derechos y libertades. Esta es una disposición de la Ley

Constitucional de 1982, denominada “Derogación por declaración expresa” o “la cláusula no obstante”, y la cual dice:

Sección 33.

- (1) El parlamento o la legislatura de una provincia pueden declarar expresamente en una ley del parlamento o de la legislatura, según sea el caso, que la ley o una disposición de la misma funcionará sin perjuicios de una disposición incluida en la sección 2 o de las secciones 7 a 15.
- (2) Una Ley o una disposición de una Ley con respecto a la cual esté en vigor una declaración hecha bajo esta sección tendrá la operación que tendría si no fuera por la disposición de esta carta referida en la declaración.
- (3) Una declaración hecha bajo la subsección (1) dejará de tener efecto cinco años después de su entrada en vigor o en la fecha anterior que se especifique en la declaración.
- (4) El parlamento o la legislatura de una provincia pueden volver a promulgar una declaración hecha bajo la subsección (1).
- (5) La subsección (3) se aplica con respecto a una nueva promulgación realizada bajo la subsección (4)⁴³.

De esta manera, el sistema constitucional canadiense como ejemplo de lo que se ha denominado el modelo constitucional dialógico de la *Commonwealth* (Niembro, 2107), se dirige hacia una cooperación constitucional basada en la deliberación o diálogo democrático entre jueces y legisladores, otorgando la decisión final no al juzgador que, si bien, se mantiene como un protector de derechos constitucionales, la última palabra como institución la mantiene el legislador que posee legitimidad democrática directa para decidir si asume la invalidación, la

⁴³ Biblioteca del Parlamento, Servicio de investigación e información parlamentaria. La cláusula no obstante de la carta, preparado por David Johansen, 1989, revisado en mayo de 2005 (Consultado el 30 de abril del 2022).

incompatibilidad o la interpretación alternativa que plasmó el juez en su sentencia. Lo anterior, permite con la aplicación de la sección 33 que, el Parlamento canadiense, una legislatura provincial o una legislatura territorial puedan declarar que las leyes o parte de una ley, se aplique temporalmente, derogando secciones de la carta, anulando cualquier revisión judicial al invalidar las protecciones de la carta por un tiempo ilimitado. Así, el voto de mayoría simple en cualquiera de las 14 jurisdicciones de Canadá puede suspender los derechos fundamentales de la carta. Sin embargo, los derechos que se anularán deben ser un “derecho fundamental” garantizado por la sección 2 (tales como la libertad de expresión, religión y asociación), un derecho legal garantizado en los artículos 7-14 (como el derecho a la libertad y la libertad de búsqueda y las convulsiones y un castigo cruel e inusual) o una sección 15 derecho a la igualdad. Otros derechos como el de movilidad (sección 6), los derechos democráticos y los derechos lingüísticos son inviolables.

La cláusula 33 refleja el carácter híbrido de las instituciones políticas canadienses. De hecho, protege la tradición británica de supremacía parlamentaria, bajo el sistema de estilo estadounidense de derechos constitucionales escritos y tribunales fuertes introducido en 1982. El ex primer ministro Jean Chrétien la describió como una herramienta que podría proteger de los fallos de la Corte Suprema de Justicia (Chrétien, 2008). La idea de la cláusula fue propuesta por Peter Lougheed. La cláusula era un compromiso alcanzado durante el debate sobre la nueva constitución a principios de la década de 1980. Una de las principales quejas de las provincias con la carta era su efecto de transferir el poder de los funcionarios electos al poder judicial, dando a los tribunales la última palabra. La sección 33, junto con la cláusula de limitaciones de la sección 1, tiene por objeto dar a los legisladores provinciales más influencia para aprobar leyes. El primer ministro Pierre Trudeau, accedió a la inclusión bajo la presión de los primeros ministros provinciales.

Peter Hogg, ha señalado que la cláusula no obstante “parece ser una invención canadiense” (Hogg, 2007, p. 35), y añadió que los Estados Unidos no otorga tales poderes a los Estados, pero el artículo III, sección 2, autoriza al Congreso a eliminar la jurisdicción de los tribunales federales, sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial, el Congreso no ha reunido la mayoría necesaria⁴⁴. Para Niembro, la cláusula 33 de la Constitución canadiense permite a los parlamentarios blindar su legislación respecto a un examen por violación de derechos. Es decir, el legislador puede prevenir el examen judicial de una ley por violación de derechos constitucionales o reaccionar ante una decisión judicial que declare su inconstitucionalidad, haciendo triunfar su postura (Niembro, 2107). De esta manera, se quita a los jueces la palabra final sobre la constitucionalidad de las leyes (Zurn, 2009).

Para Hogg & Bushell (citados en Niembro, 2017), la disposición analizada incentiva el diálogo entre el poder legislativo y el Tribunal Supremo en tanto que ambos están pendientes de lo que el otro tiene que decir. En esa forma, de acuerdo con Hogg & Bushell (1997), el control judicial de constitucionalidad no es un veto sobre la política, sino el comienzo de un diálogo sobre la mejor forma de reconciliar los valores individualistas de la Carta con el logro de las políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad en su conjunto.

Para Roberto Niembro, bajo esta cláusula no importa cuál sea la interpretación del tribunal siempre y cuando haya una respuesta legislativa. Analizando la propuesta de los autores, Niembro, señala que, puede hablarse de diálogo siempre que ante una decisión judicial que declara la inconstitucionalidad de una ley se dé una reacción del órgano legislativo competente. Es decir, si

⁴⁴ La ley Norris – La Guardia de 1932 “proporcionado, con ciertas excepciones, que ningún tribunal federal debe ser competente para emitir una orden judicial en un caso relacionado o que crecen fuera de un conflicto del trabajo. La ley de Control de precios de Emergencia de 1942 “contenía una disposición que excluía la autoridad de los tribunales del distrito federal para prohibir la ejecución de la ley.

una decisión judicial puede ser revertida, modificada o ignorada por el poder legislativo, la relación entre Corte y legisladores puede ser considerada como un diálogo (Niembro, 2017).

Niembro, reduce a tres las características del modelo canadiense, las cuales son: i) una carta de derechos; ii) un poder judicial que verifica la consistencia de la legislación con la misma; y iii) un poder legislativo que ostenta la última palabra, evitando que el control judicial se convierta en la supremacía de los jueces (Niembro, 2017). Como beneficios de este sistema canadiense, Gardbaum (citado en Niembro, 2017) establece los siguientes: i) hace frente a la debilitación legislativa y popular que promueve el control judicial, otorgando a las legislaturas la última palabra en la interpretación de la Constitución y fortaleciendo el debate público; ii) transformar el monólogo judicial de los derechos constitucionales en un rico diálogo interinstitucional; iii) aumentar la legitimación de los tribunales a través de una división del trabajo en la tarea de balancear derechos e intereses políticos, dejando a los jueces el establecimiento de estándares constitucionales y a las legislaturas la aplicación de los mismos, en cuya conformación han participado ambas instancias; y iv) reducir, sino es que elimina, la tensión entre la protección judicial de derechos fundamentales y las decisiones democráticas.

Así las cosas, se trata, entonces, el modelo canadiense de un sistema constitucional que primero, mediante la *Canadian Bill of Rights* como ley ordinaria promulgada en 1960, y luego con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, ya considerada una carta formalmente constitucional, plantan la revisión judicial con lo cual los proyectos de ley deben ser informados por el ministro de justicia al Parlamento para revisión frente a una posible incompatibilidad con derechos protegidos por la *Canadian Bill of Rights*. Sin embargo, este modelo ha permitido al Congreso extraer su función legislativa del tamizaje frente a la violación de derechos. Al igual que también, la posibilidad de rechazar un fallo que declare la inconstitucionalidad de una ley, por

tanto, el legislador para revertir una decisión judicial no solo debe hacer público su desacuerdo, sino que está obligado a contraargumentar y justificar la conservación de la ley (Tushnet, 1995), y de contera, obliga al juez constitucional al estudio detenido de las consideraciones de tal respuesta o secuela legislativa a su sentencia, particularidad que es conocida dentro del sistema canadiense como “*notwithstanding clause*”.

Ahora bien, como lo explica Niembro (2017) aunque la carta de 1982 ha llevado, en la práctica constitucional, a una cuasi presunción de la compatibilidad de los proyectos legislativos con los derechos, con lo cual ese deber de informar casi ha desaparecido. En todo caso, tanto el gobierno como la legislatura suelen analizar las posibles afectaciones de derechos que involucran los proyectos legislativos y si ellas pueden justificarse razonablemente desde el punto de vista democrático. En dicho análisis de la constitucionalidad de las leyes, los otros órganos estatales siguen el mismo esquema que utilizan los jueces, cosa que les permite a aquellos anticipar —y disponer de antemano de una batería de razones contra— posibles objeciones judiciales a sus proyectos.

En este esquema canadiense, continua el referido autor explicando que los jueces, según la sección 52 de la carta de 1982 (tal como ha sido entendida por la Corte Suprema), pueden bien inaplicar leyes incompatibles con los derechos, bien suspender la invalidación de ellas por cierto período para que en ese intertanto el gobierno corrija la incompatibilidad, bien interpretarlas para evitar la incompatibilidad. Pero, cuando miden la compatibilidad de leyes y derechos aplicando un test acerca de la proporcionalidad entre los fines legislativamente pretendidos y los medios que la ley arbitra para alcanzarlos, en general muestran tomarse más en serio la deliberación parlamentaria y gubernamental acerca de la constitucionalidad de las leyes que lo que suele hacer

la Corte Suprema estadounidense, en tanto que, en el caso canadiense hay tres fases en las que los derechos están presentes y así lo concreta este autor (Niembro, 2017):

La primera se da en sede política, en la que “ejecutivo y legislativo dan una visión no meramente legalista de los derechos” (Niembro, 2017, p. 122). La segunda, se presenta con el “control judicial de constitucionalidad, que debe tomar en serio la deliberación política, pues reconoce la existencia de un desacuerdo razonable sobre el contenido y límites de los derechos” (Niembro, 2017, p. 122). La tercera, “posterior a la decisión judicial, en la cual el legislador tiene la última palabra y se toma en serio lo que el poder judicial haya dicho” (Gardbaum, como se citó en Niembro, 2017, p. 122).

Para retomar esta forma democrática de revisión con lo hasta aquí expuesto frente a las formas dialógicas, se aprecia como este examen judicial contenido en la *Canadian Bill of Rights* se constituye “parte de un ‘diálogo’ entre los jueces y las legislaturas”. Este diálogo es posible “cuando una decisión judicial está abierta a la revocación, modificación o anulación legislativa” (Niembro, 2017). Si un tribunal objeta la constitucionalidad de una ley, el legislador puede responder purgando dicha inconstitucionalidad para, así, tratar de obtener aquellos objetivos que judicialmente han sido impedidos. Entonces, cuando se produce una “secuela legislativa”, los jueces provocan un debate público acerca de los derechos y libertades protegidos constitucionalmente que, sin decisión judicial, no hubiera tenido lugar. Si la decisión final es tomada democráticamente, esto es, por el legislador y no por un tribunal, puede decirse que el diálogo acaba con una decisión democrática (Niembro, 2017). Así, se evidencia cómo un defecto constitucional por violación de la Carta de Derechos y Libertades requiere la modificación de la ley impugnada y con ello el control judicial logra alcanzar los objetivos y estimular el desarrollo de procesos dialógicos entre el legislador y el juez.

En el caso canadiense se precia cómo la garantía principal de los Derechos recae en el legislador, es decir, la carta tiene unos lineamientos y el Legislador se toma en serio esos lineamientos, uno de los actores en el diálogo los desarrolla y el otro actor los defiende, siendo en este modelo el legislador quien opta por la decisión final, en esa garantía proteccionista y en ese sentido es la esfera de los derechos en juego sobre lo que no puede dejar de decidir. Hogg & Bushell (1997), consideran que la carta canadiense facilita dicho diálogo a partir de su contenido, entre otras, en la sección 1 con las limitaciones razonables de libertades y derechos, y en las secciones 7, 8, 9, 12, 15.1 por cuanto el Parlamento está calificado, y ello permite afectaciones rigurosamente imparciales y razonables bajo la garantía del derecho a la igualdad.

La sección 33 donde otorga poder de invalidación legislativa, permite al legislador validar *a priori* y revalidar *a posteriori* una norma por períodos renovables de cinco años o en el término que sea establecido en la declaración respectiva. Con ello se advierte que, la protección de derechos humanos admite bajo los contenidos de la carta canadiense la acción legislativa correctiva sobre una decisión judicial anulatoria de aquella ley que constituya una violación de los derechos protegidos en la carta, de ahí que, como lo establecen los ya mencionados autores Hogg & Bushell (citados en Niembro, 2017) no solo es posible, sino que de hecho ha ocurrido entre las Cortes y el legislador un “diálogo productivo”, normalmente las leyes consideradas discriminatorias por un tribunal han llevado a respuestas legislativas más inclusivas, sin descartar algunos casos en que el legislador ha optado por excluir o reducir un beneficio estatal, el diálogo no se produce y la Corte Suprema mantendrá la última palabra en 3 situaciones:

- a) Cuando la sección 1 no sea aplicable por ser los derechos tan específicos que no admitan restricciones razonables.

- b) Cuando la declaración de inconstitucionalidad afecte al objetivo mismo (y no solo a los efectos) de una ley, y
- c) cuando las fuerzas políticas con representación parlamentaria no logren responder a una decisión judicial con carácter constitucional.

Continúan los referidos autores explicando frente a estas particulares situaciones que, por alguna de las cuatro vías antes mencionadas, el diálogo en general sí se produce, incluso con cierta inmediatez temporal, cosa que se aprecia en los preámbulos legales y en las cláusulas de propósito de leyes. Y aun cuando un tribunal no invalide por inconstitucional una ley, puede haber cierto diálogo, como en el caso *Thibaudeau c. Canadade* 1995, en el que, luego de que un tribunal desestimara una pretensión de inconstitucionalidad, el Parlamento llevó a cabo una modificación legislativa: tal respuesta legislativa “enfatisa que es un error considerar que la carta les da a tribunales no electos un poder de veto por sobre la voluntad democrática de los órganos legislativos competentes” (Hogg & Bushell, 1997, p. 82, p. 79, p. 105).

Consideran que:

Los legisladores canadienses no son indiferentes a las preocupaciones por la igualdad y por las libertades civiles que se plantean en los casos de la carta, y no siempre esperan a que un tribunal los “obligue” a modificar sus leyes para mostrarse dispuestos a considerar leyes más justas, menos restrictivas o más inclusivas [...] El diálogo de la carta puede continuar fuera de los tribunales. (Hogg & Bushell, 1997, p. 82, p. 79, p. 105)

Lo que Hogg & Bushell (1997) muestran, en todo caso, es que el canadiense es un modelo en el que el diálogo entre Cortes y Parlamento es no solo posible, sino que en los hechos se ha desarrollado con cierta fluidez y persistencia. Pero lo que no alcanzan a asegurar es que el de Canadá sea un modelo de constitucionalismo débil y es que, pese al influjo normativo y político

de la *notwithstanding clause* (aun en los mismos Estados Unidos), según opinión prácticamente unánime, la sección 33 de la carta apenas se ha aplicado y casi parece haber caído en desuetudo (Niembro, 2017).

Como lo concluye el autor, actualmente el modelo canadiense de revisión judicial dejó de considerarse un modelo débil para constituirse en consideración del proceso político (Niembro, 2017), en un modelo de revisión judicial fuerte, uno en el cual los tribunales, especialmente la Corte Suprema, que no solo conserva la última palabra institucionalmente, sino que refiere a cuestiones de derechos (Niembro, 2017). Este modelo pretende garantizar el respeto de las decisiones mayoritarias y la protección efectiva de los derechos fundamentales a través de un diálogo entre tribunales y parlamentos.

Por lo que se podrá determinar que existe diálogo cuando se evidencie una reacción del órgano legislativo ante una decisión judicial que declara la inconstitucionalidad de una ley.

Si una decisión judicial puede ser revertida, modificada o ignorada por el poder legislativo, la relación entre Corte y legisladores puede ser considerada como un diálogo. Una cosa es que la justicia constitucional dialogue o deba dialogar con los demás poderes y con los ciudadanos en el momento de interpretar la Constitución y otra es la forma en que se logre este objetivo. (Hogg & Bushell, como se citaron en Niembro, 2017, p. 120)

El tratadista ha determinado que, “al estimular el diálogo se dice que este modelo sirve para desactivar el conflicto social” (Schor, M., 2010, p. 9), apuntando como interés especial hacia países donde se evidencia, como lo ha llamado, “una alta polarización social y por tanto un alto grado de conflictividad” (Niembro, 2017, p. 122). Menciona que, si la Corte logra canalizar el descontento y acercar a las partes enfrentadas, su función estaría más que cumplida. En este sentido, un beneficio que nos puede dar un modelo dialógico de justicia constitucional es evitar que los

conflictos se tornen violentos y enfatizar que la teoría del diálogo puede servir para explicar y guiar la labor de los jueces en sistemas en los que estos conservan la decisión final sobre la constitucionalidad de la ley.

Continuó afirmando que, para una perspectiva dialógica más exigente no basta con que el legislador pueda reexpedir una ley siguiendo los parámetros establecidos por los jueces o recurriendo a una de las opciones no declaradas inconstitucionales, pues en esos casos no se vuelve a debatir sobre el mismo problema interpretativo. De ahí que, se requieran medios jurídicos que permitan continuar el debate planteado una vez que aquéllos hayan dictado sentencia —como las respuestas legislativas ordinarias, en tanto no haya un acuerdo entre jueces y Parlamento sobre el sentido constitucional (Niembro, 2017).

Es entonces una teoría del diálogo descriptiva, la que surgió para describir la cláusula 33 de la Constitución canadiense a partir de la cual no es el juez quien toma la decisión final en un examen de constitucionalidad de la ley y la protección de derechos, es el Parlamento quien tiene dicha potestad de blindar su legislación. El objetivo consiste en analizar este mecanismo como un caso de constitucionalismo dialógico. La cuestión es si este modelo tiene o no las características para ser catalogado como un instituto que habilita el diálogo interinstitucional y a su vez el diálogo democrático.

Se trata de establecer si es posible que las Cortes dialoguen cuando interpretan los textos Constitucionales y decidan los casos puestos a su consideración. Se trata de constatar el intercambio de razones frente a la correcta interpretación con participación de diferentes actores para tomar una decisión final a partir de una dialéctica colectiva y dar respuesta al siguiente interrogante: ¿En realidad se está en presencia de un diálogo cuando solo resta acatarse una decisión emitida en una relación jerárquica de poderes?

3.2.2. Teorías *normativas-elitistas del diálogo constitucional*

Para el caso, se hará referencia a las teorías del diálogo judicial, por tener figuración trascendental en la solución al interrogante al cual se pretende dar una respuesta en este trabajo. Entre las teorías normativas se evidencian: i) la teoría del diálogo judicial y ii) el constitucionalismo popular. Sin embargo, este capítulo, se centrará de manera particular en la teoría elitista del diálogo judicial, por cuanto la estructura ideada para esta investigación permitirá concluir puntualizando sobre el constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico a partir de la tensión existente entre el pueblo y la función constitucional de los jueces frente a la interpretación constitucional, que si bien desde el inicio del primer capítulo se ha hecho referencia a este, será desarrollada de manera conclusiva en la parte final del capítulo IV.

En este punto, entonces conviene explicar que la teoría del diálogo judicial se ha determinado como una teoría de las elitistas, al enfocarse únicamente en la interacción que se da entre los jueces nacionales, como lo son las Cortes o tribunales y, entre los jueces internacionales como lo es, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes tienen la última palabra en la decisión bajo la legitimidad de la sapiencia y capacidad para emitir decisiones justas y razonables que les otorga una supremacía judicial a partir de la posición jerárquica del conocimiento de los jueces. Por el contrario, el diálogo judicial debe estudiarse como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en estrados judiciales y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores (Niembro, 2017). De esta manera, la legitimidad del diálogo judicial recae sobre sus decisiones, en las cuales, se plasma el intercambio de razones y las justificaciones de normas.

El diálogo judicial como manifestación del diálogo constitucional que apareja derechos fundamentales y trae consigo la participación en distintas sedes e interacción de una pluralidad de

actores, refleja la necesidad de enfatizar en los problemas de legitimidad democrática que conlleva el poder judicial, no electo por el pueblo, sobre las decisiones en las que en realidad debería prevalecer un intercambio de razones y que dejan de lado la población general para terminar siendo adoptadas por un reducido grupo de jueces, que finalmente constituyen una minoría sobre la mayoría social (Niembro 2017). En este sentido, ese tipo de control que privilegia el voto de una mayoría de los jueces sobre una mayoría de los legisladores, mientras los primeros no son electos y no tienen que responder a la ciudadanía por sus decisiones, permite que se reste valor a la representación e igualdad política en la toma de decisiones finales sobre los conflictos que presentan los derechos. Así las cosas, en sistemas donde los jueces tienen la decisión final sobre la constitucionalidad de la ley y la supremacía sobre la interpretación de la Constitución, cuyas decisiones solo pueden ser revertidas mediante un proceso reformativo de la carta, se vulnera la igual autonomía y la dignidad de los asociados (Niembro, 2017). Es por ello, que Niembro se atreve a proponer una definición de diálogo constitucional, como un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces escuchan y a la vez responden. En esta tesitura, el diálogo no solo está enfocado en promover alternativas de ideas, sino una deliberación relevante políticamente (Niembro, 2017).

En este punto, debe entenderse que, los modelos con arreglo institucional en el neoconstitucionalismo suelen calificarse como “elitistas” o de “constitucionalismo fuerte”, posturas que enmarcan las decisiones mayoritarias como peligrosas. El control judicial fuerte autoriza al juez, a negarse a aplicar la ley o a modificar sus efectos, aunque la ley no lo prevea, incluso, tiene la autoridad de establecer que una ley o disposición legislativa no se aplique. Una forma aún más fuerte de control judicial otorga poder a las Cortes para suprimir directamente una

parte de la legislación del cuerpo legislativo abanderado en la protección de derechos de carácter fundamental y con arreglo a las disposiciones constitucionales plasmadas en constituciones rígidas.

De ello se sigue, la objeción democrática, también llamada objeción contramayoritaria, de la cual se habló en forma detallada en el capítulo II de esta trabajo investigativo, pero que vale la pena recordar, para resaltar que Alexander Bickel, quien escribió en el año 1962 el libro: *The Least Dangerous Branch* (la rama del poder público menos peligrosa) cuyo nombre se debe a que en el libro *Federalista 78*, Hamilton mencionó que la Constitución es una ley y los jueces interpretan la ley, luego los jueces interpretan la Constitución, por tanto, a los jueces hay que otorgarles ese poder de interpretar la Constitución sin temer por ello ya que los jueces son “*the least dangerous branch*”. ¿Y por qué la menos peligrosa? Explica Hamilton, porque mientras el ejecutivo tiene el poder que le otorgan las armas y el legislador el dinero, el judicial no cuenta con ningún poder y tan solo se vale del ejecutivo para hacer eficaces sus decisiones. Este autor defiende la importancia de los jueces en el sistema de frenos al poder legislativo y defiende la independencia judicial como “necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales” (Hamilton *et al.*, s.f. p. 297),

Ahora bien, en contraposición a ello, Bickel rebate la expresión de Hamilton, advirtiendo que los jueces por el contrario lograrán tener el máximo poder y convertirse en la rama más peligrosa cuando reciban el poderío al controlar la constitucionalidad de las leyes y explica, la rama menos peligrosa puede actuar de manera contramayoritaria, es decir, los jueces rompen el esquema de la democracia clásica, donde la mayoría toma las decisiones, respetando siempre los derechos de la minoría, pero decide siempre la mayoría y, esa ruptura implica un problema dentro del sistema democrático y hace que la rama menos poderosa se convierta en un gran poder (Gargarella, 2014a).

Sin embargo, otros autores como Ferreres Comella (2010) por el contrario advierten que, el poder judicial puede ser promayoritario controlando las leyes en relación con la Constitución y es ahí cuando hay un coste democrático. Lo que rechaza la objeción contramayoritaria en los jueces es que no son elegidos popularmente, dice Ferreres Comella (2010) ¿Es que acaso deberíamos convertir a los jueces en una especie de para-legisladores elegidos popularmente para un periodo determinado y sea ello el requisito para que puedan ejercer bien sus funciones? O ¿El querer es convertir al poder judicial en otro legislador y ahí sí estaría satisfecho el control de constitucionalidad?

Dworkin, por ejemplo, en cita de la autora Alterio (2014), explica que la elección de un control de constitucionalidad en manos de los jueces se debe a que los jueces tienen una propensión a razonar con arreglo a principios, acorde a lo que él propone como “lectura moral de la constitución”. Este modo de razonar de los jueces, no se debería a ninguna cualidad epistémica en ellos inherente, sino a una serie de condiciones estructurales:

- a) Los jueces están obligados a confrontar todos los reclamos que se les plantean,
- b) tienen la obligación de justificar sus decisiones tomando como base el texto constitucional —que incluye principios—
- c) el cargo de juez goza de numerosas garantías institucionales que los vuelven menos vulnerables a múltiples presiones o coacciones. Todo ello haría más probable que los jueces razonen con arreglo a principios.

La autora también señala en palabras de Waldron que, esta asociación suele presentar una imagen un tanto irreal de cómo es la toma de decisiones judiciales, desmereciendo las ventajas en términos de resultados que pueden hallarse del lado de las legislaturas. Lo cierto es que estos arreglos institucionales hacen que la teoría sea calificada de “elitista” o “progresista”, para usar la

terminología de Balkin, y que se enfrente directamente con las posiciones “populistas”. La principal diferencia que encuentra Balkin entre estas formas de pensamiento tiene que ver con la actitud que toman frente a las creencias, actitudes y acciones de la masa de “ciudadanos comunes”.

Para Niembro (2017) este tipo de control tiene el problema de privilegiar el voto de una mayoría de jueces sobre una mayoría de representantes mientras que los primeros no son electos y no tienen que responder ante la ciudadanía por sus decisiones. De tal manera, se resta sentido a la representación e igualdad política en la toma de decisiones finales sobre los conflictos que presentan los derechos. En efecto, un sistema en el que los tribunales tienen la decisión final sobre la constitucionalidad de la ley y la supremacía sobre la interpretación de la Constitución, en tanto sus decisiones solo pueden ser revertidas a través de una reforma constitucional con un proceso agravado, vulnera la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos. Esto, en tanto privilegia un procedimiento de toma de decisiones que no reconoce la igualdad efectiva de influencia política, lo que implica dominación de una parte de la población sobre otra. En este caso, de un muy reducido grupo de jueces sobre la población en general. De una minoría sobre una mayoría social (p. 137).

Hace énfasis el autor en que tales características —la supremacía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad, les dan a sus decisiones un impacto similar o superior a las de los jueces nacionales—, pero encuentra un agravante desde la óptica internacional, ámbito en el que no se evidencia una institución que incluya a todos los afectados en la formación colectiva de la voluntad (Günther, s.f.), -como son los parlamentos nacionales- que sirva como su contrapunto (von Bogdandy & Venzke, 2012). Y, explicó que, esta asimetría de los poderes a escala internacional y la ausencia de un sistema político y de una esfera

pública, convierte a ese derecho transnacional de juristas, que trabajan con conceptos indefinidos y disputados, en un producto ilegítimo, por lo menos bajo las condiciones descritas.

Así el “progresismo” históricamente habría estado preocupado por el buen gobierno y las políticas públicas ilustradas para el bien común. La persuasión, discusión y el diálogo racional harían viable que individuos con diferentes visiones puedan acordar lo que requiere el interés público. Por ello se propicia que el gobierno y la participación pública se estructuren de modo de producir deliberaciones racionales y consenso acerca de las más importantes políticas públicas. En este proceso, la cultura y voluntad populares tendrían un papel que jugar, pero solo después de una educación suficiente y de que sus elementos más pasionales hayan sido difuminados (Alterio 2014). En estas condiciones, es el derecho constitucional, aquel con la misión de “corregir los fallos presuntamente endémicos de la regla de la mayoría” (Alterio, 2014, p. 245) y de salvaguardar a los individuos, las minorías o incluso algún órgano gubernamental, amenazados por la fuerza de la política ordinaria (Balkin, como se citó en Alterio, 2014).

Como lo propone Niembro (2017), la existencia de un diálogo valora y critica las razones que sustentan los fallos, donde los participantes dialogantes deben estar en pie de igualdad, de ahí que la referencia al diálogo vertical (utilizado normativamente) genera escepticismo. Esta verticalidad se traduce en que algunas de las partes del diálogo tienen la última palabra interpretativa, pudiendo cerrar la discusión con su sentencia. Muestra el autor como al tener la Corte Interamericana de Derechos Humanos la última palabra en una decisión judicial, ello comporta importantes implicaciones y evidencia esa teoría elitista del diálogo constitucional, en este caso convencional. En primer lugar, agrava la objeción democrática del control judicial de la ley, en la medida en que no existe contrapeso legislativo a nivel internacional y que en el

nombramiento de los jueces que la integran, no participa el poder legislativo nacional, lo que priva a dichos jueces de la muy discutida legitimidad indirecta que tienen los jueces nacionales.

Y es que como lo aclara Niembro (2017), no se trata de que si los jueces nacionales tuvieran la última palabra “la objeción democrática desaparecería, sino que en términos comparativos, por el contexto en el que se desenvuelven los jueces internacionales, la objeción es mucho más intensa cuando son éstos los que ostentan la última palabra” (Niembro, 2017, p. 145) y, además “la primacía de la CoIDH rompe con la posición de igualdad que requiere un diálogo genuino, en el que la continuidad de la discusión no puede quedar al arbitrio de una de las partes” (Niembro, 2017, p. 145).

Los tribunales facilitan el diálogo, dice el autor, sintetizando las visiones constitucionales de la sociedad, enfocando el debate y organizando las ideas. Además, catalizan el diálogo orillando a la sociedad a debatir asuntos que de otra manera hubieran quedado fuera de la agenda, y empujando a otras instituciones a participar. Incluso, pueden dar voz a posiciones poco comunes y traerlas al centro de la atención. Así, inspiran una discusión más abierta, vibrante y efectiva. Lo que hace el tribunal es determinar la forma en que el diálogo continúa después de su sentencia, optando por una de las interpretaciones en pugna, aun cuando comúnmente dicha interpretación cambie a través del debate. Sin embargo, lo importante no es el papel que tiene el Tribunal Supremo en ese proceso, sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones. En efecto, la discrepancia entre la visión popular y el poder judicial es lo que hace que el diálogo funcione (Niembro, 2017).

Parfraseando a Ferreres Comella (2011) quien retoma ideas dworkinianas, puede evidenciarse cómo estos autores explican lo mucho que se gana con esa visión y ese activismo de los jueces en una especie de legisladores, porque las sociedades de algún modo también requieren

de un equilibrio con instituciones contramayoritarias y con ello dejar que el legislador sea mayoritario y otras instituciones sean contramayoritarias. Por lo que no debe preocuparse por la legitimidad derivada de los jueces. Existen países donde el Parlamento elige a los jueces constitucionales y no popularmente, pero tienen legitimidad derivada, eso significa, que todos votan por el Parlamento: el Senado y el presidente, luego ese Senado elige a los magistrados, eso quiere decir que una parte de la legitimidad dada al Senado, se transmite a la Corte Constitucional o a los magistrados elegidos por ese Senado, y no importa si son elegidos popularmente o bajo la legitimidad derivada, lo importante es que pueden garantizar la legitimidad de los jueces constitucionales. Hay casos donde la invalidación de una ley no produce un coste democrático, sino que produce un beneficio democrático.

El punto de partida para analizar la causal del beneficio democrático es: ¿Por qué le reconocemos al legislador la posibilidad de hacer las leyes? No solo por haber sido elegido popularmente, sino por el hecho de que, con esa elección popular, en el Parlamento están representados todos los intereses de la sociedad, eso quiere decir que si el Parlamento toma en cuenta todos esos intereses sociales expedirá una ley más justa, porque bajo el esquema de la objeción democrática, el Parlamento tiene una ventaja epistémica. En el Parlamento se escuchan todas las voces y, por ello se considera que el Parlamento va a estar mejor capacitado para encontrar un punto de equilibrio entre todos esos intereses, lo que, en el ideal, conlleva a la producción de leyes más justas.

Ello desde una óptica de perfección, pero la realidad es otra, el Parlamento puede llegar a estar permeado por la defensa de intereses particulares, relegando la protección de los verdaderos derechos en juego y pasando de lado los intereses colectivos; razón por la que, declarar la inconstitucionalidad de una ley, en lugar de tener un coste democrático, tiene es un beneficio

democrático. Son los jueces quienes adquieren el poder social para equilibrar la falencia parlamentaria y, de esa manera, la objeción democrática se queda sin fundamento, y los jueces pasan de causar un coste democrático a causar un beneficio democrático.

Frente a esta asimetría, es preciso otorgar cierto balance y aclarar que, Ferreres Comella (2011) cuestiona esa manera de poner la situación en extremos respecto de la deficiencia del Parlamento y la eficacia del control constitucional como una mala forma de enfrentar la objeción democrática, comparación que declara como falaz al no permitir encontrar conclusiones definitivas. Este autor explica que, en la objeción democrática el Parlamento elabora las leyes, porque representa al pueblo al ser elegido popularmente, luego las leyes tienen una dignidad democrática muy alta porque son la expresión del interés general, entonces de otro lado, ¿los jueces que interpretan? Y se responde, la Constitución. Es el juego de la dignidad democrática: la ley tiene una alta dignidad democrática porque la hizo el Parlamento y se tuvieron en cuenta todos los intereses de la sociedad, ahora la pregunta es ¿Y quién creó la Constitución? El constituyente primario. Aquí está el juego, entonces ¿quién tiene más dignidad democrática, la Constitución o la ley? La respuesta será la Constitución, que fue producto pleno del pueblo, luego entonces ¿Qué problema hay con el control de constitucionalidad? Si en lo que consiste ese control es en hacer prevalecer la norma que tiene mayor dignidad democrática (la Constitución) sobre la que no tiene el mismo grado de dignidad democrática (la ley), ¿se podrá concluir que la labor judicial tiene mayor dignidad democrática que la labor del legislador?

Aunque los jueces fueran elegidos popularmente, el problema democrático persistiría, podría ser un problema menos grave, porque la objeción democrática no sería tan fuerte; pero, los jueces siguen invalidando normas que hace el Parlamento y el juego ya referido deja de ser un argumento convincente. Que la Constitución tiene mejor dignidad democrática que la ley, no es

absolutamente categórico para justificar el control de constitucionalidad. En este punto, Ferreres Comella (2011) explica que, ese argumento presupone que la interpretación de la ley es unívoca, es decir, que la Constitución no deja dudas, que no deja márgenes de actuación, no deja un espacio para la consignación del legislador, lo que lleva a que se adopte la posición del originalismo y, en consecuencia define que, para que funcione el argumento de la mayor dignidad democrática, los jueces interpreten siempre la Constitución de manera originalista, eso significa: 1. Que los jueces siempre interpreten la Constitución según el texto que escribieron los constituyentes o 2. Según las intenciones de los constituyentes. Siendo estas las dos grandes clases de originalismo:

1. El originalismo textualista y
2. El originalismo voluntarista o intencionalista.

En el originalismo textualista los jueces solo pueden interpretar la Constitución sometiéndose a su texto original y en el originalismo voluntarista los jueces solo pueden interpretar la Constitución sometiéndose a las intenciones originales de quienes escribieron la constitución. Pero ¿Qué problemas tienen esos dos tipos de originalismo? Las intenciones son plurales, pero además de ser plurales, algunas veces el texto constitucional responde a intenciones contradictorias, ¿entonces cuál es la intención con la que nos debemos quedar? Ello no es unívoco, la intención pudo ser mayoritaria pero no absoluta y se desconoce que el texto constitucional es en general un pacto de intereses, un punto intermedio entre dos posiciones y distintas intenciones. El texto constitucional es la síntesis de una contradicción interna entre los miembros de la Asamblea Constituyente, y si se observa desde el punto del originalismo textualista, el hecho de que el texto no esté plenamente claro, permite diferentes interpretaciones, por eso, aunque los jueces se apeguen al mismo texto de la Constitución, hay distintas interpretaciones y es el “pueblo”, en últimas, quien resulta afectado o beneficiado conforme a sus intereses con esa interpretación.

Como es bien sabido, la sociedad cambia, evoluciona, se ha dicho que la Constitución tiene más dignidad que la ley y por eso los jueces son legítimos cuando interpretan la Constitución de manera originalista; sin embargo, ¿eligieron las generaciones actuales a quienes hicieron la Constitución? La respuesta es no y por ello, el originalismo también tiene un problema democrático, que es el problema intergeneracional. Una constitución rígida, por el paso del tiempo pierde esa dignidad democrática y con ello también los jueces, en tanto que, es una Constitución extendida a gobernar a quienes nunca participaron en su elaboración.

Así, Ronald Dworkin es quién establece la interpretación evolutiva con sustento en que no es necesario que los jueces sean originalistas para que tengan legitimidad democrática, su labor es actualizar, a través de un método, el texto constitucional conforme al cambio de la sociedad a la que se dirige la aplicación constitucional. El método que Dworkin propone es “la novela en cadena”: pensar que la interpretación constitucional es como el primer capítulo de una novela que va encadenando uno a uno los demás capítulos. Los jueces constitucionales no pueden quedarse siempre en el texto constitucional y en el primer capítulo de esa novela, deben ofrecer la mejor continuación posible.

Para ello debe tener en cuenta: i) el texto constitucional previo; ii) las tradiciones constitucionales, y si los hay; iii) los precedentes, es decir, las decisiones judiciales que se hayan interpretado previamente con la Constitución. Cuando el juez actúa de esa manera, encuentra la mejor continuación posible de esa novela en cadena y sigue con apego de la Constitución y da solución al problema evidenciado en el originalismo: la actualización. Así en esa forma, el juez está recogiendo la mejor continuación posible, los cambios que ha vivido la sociedad, entonces cuando los jueces hacen la mejor continuación posible, están actuando legítimamente y democráticamente porque están haciendo que esa norma que tiene mayor dignidad democrática se

mantenga en el tiempo y se vaya actualizando sin alejarse totalmente de lo que quisieron los constituyentes. De esta disertación, se extrae, como idea propicia para el tema objeto de este trabajo que, en escenarios de diálogo, la invitación a la sociedad, habría podido contribuir con una acertada continuación de esa “novela en cadena”, fundamentada en la necesidad social que, para la época fuera de relevancia y con ello, obtener la tan rebatida legitimidad.

Establece el autor de aquella teoría que, los jueces no solo tienen en cuenta el texto y el precedente, sino también, las nuevas tradiciones que acepta reformas constitucionales, como una opción de la mejor continuación posible que debe ser adaptada a las condiciones, derechos y libertades de la generación hacia la cual va dirigida la interpretación judicial que en ese momento se esté dando (De Rosas, 2019).

Todo ello, fue el paso necesario para obtener una respuesta del neoconstitucionalismo dejando atrás estas posturas para otorgar una solución a los problemas de legitimidad del Juez Constitucional con un método de interpretación que reduzca su discrecionalidad, darle un límite, que no sea el apego total al texto y tampoco la novela en cadena. Un método no científico, pero sí un método que permita evaluar si una decisión es buena o mala, y que el juez se legitime por el hecho de que lo utiliza. Ese método de interpretación, es un instrumento que propone el neoconstitucionalismo en la proporcionalidad y la ponderación, método extendido en el mundo como modelo constitucional contemporáneo que tiene origen en la legislación de policía austriaca de finales del siglo XIX, que luego fue recogido en la legislación alemana y que ha sido sistematizado dogmáticamente por el profesor alemán Robert Alexy.

¿Cuál es el propósito entonces de la ponderación? Limitar la discrecionalidad del juez y brindar un mecanismo mediante el cual la sociedad puede evaluar su decisión, de manera que la legitimidad del juez depende de que haya seguido ese procedimiento de decisión. Ponderar

significa balancear. Es el punto de partida de la ponderación, es considerar el conflicto entre reglas y principios. Cuanto mayor sea el grado de afectación de un principio mayor es el grado de satisfacción del otro.

Comenta el autor Roberto Niembro (2017) que, la participación de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos, incluso a través de decisiones que invaliden una ley, es compatible con una democracia deliberativa. Sin embargo, para ello se requiere de un diseño institucional en el que ningún actor tenga la última palabra interpretativa, que el proceso de interpretación y la toma de decisiones se hagan a través de medios dialógicos —en posición de igualdad— e inclusivos. Se reconozca el papel predominante del legislador y sirva para promover, garantizar y enriquecer el proceso de deliberación, con parámetros en la comprensión discursiva del derecho y los sistemas de acción para que las instituciones garanticen que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles (p. 162).

Así es concluyente pensar que, una adecuada teoría dialógica que legitime no al juez, sino al proceso en sí mismo, no porque haya una hilvanada continuidad de escenas o porque se acuda al texto en su integralidad o a una aislada u honrada interpretación, tampoco porque se actualicen o se balanceen principios y normas, sino porque se encuentre la legitimación en el diálogo, en la inclusión, en discusiones igualitarias que abarquen diferentes frentes sociales, autoridades estatales, expertos y parlamentarios, que no se vierta de manera exclusiva la legitimidad en una Corte elitista enarbolada en una supremacía sapiencial y que genera grandes tensiones frente al querer del pueblo respecto de una función de interpretación constitucional bajo disertaciones desconocidas y herméticas, donde no tienen presencia alocuciones populares, valiosas para el momento actual y definitivas para sus destinatarios.

3.2.3. Formas de institucionalizar el diálogo

El referente hasta aquí estudiado conduce a la necesidad de reflexionar sobre un principio discursivo entre los diferentes actores inmersos en una decisión, con la necesidad de una discusión impetuosa en cuanto a la consideración o validez de las decisiones adoptadas de manera dialogada. Ello significa que, la esencia del lenguaje deberá delinearse desde la capacidad para hallar el asentimiento o la cohesión racional de las deliberaciones y con ello encontrar el valor del discurso en la voluntad común, mediante acuerdos racionales a través de un conducto de acciones que vayan orientadas al entendimiento.

Para institucionalizar el diálogo es necesario repensar la manera como interactúan los jueces y el pueblo y, a partir de allí, con forma reflexiva, llegar al convencimiento argumentativo donde todos los interlocutores puedan sentirse coautores de las decisiones que los afectan. En este punto, con claridad explica el autor Niembro (2017) que las instituciones deben garantizar que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles, es decir, aseguren el tratamiento racional de las cuestiones políticas. Para ello, deben asegurarse a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las deliberaciones y que durante su transcurso disfruten de iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia, de modo que se hagan valer todos los intereses afectados. Asimismo, se deben institucionalizar deliberaciones en las que se neutralice la desigualdad de poder, se prevea una amplia participación que incluya a terceros indirectamente afectados, que los intereses de estos se vean representados y que las competencias y responsabilidades estén claramente definidas. Finalmente, se busca que los procedimientos de decisión estén abiertos a diversas perspectivas y sin una solución predeterminada, que excluya cualquier aspecto relevante para la decisión (p. 157).

Como fue expuesto por Habermas en la *Teoría de la acción comunicativa* —y en sus posteriores explicaciones—, el principio discursivo manifiesta en su estructura formas reflexivas de comunicación tendientes a introducir en el derecho moderno tanto pretensiones de validez, provenientes de la acción comunicativa, como acciones dirigidas a la consecución de fines. Las pretensiones de validez deben producir, por tanto, en el derecho moderno, mecanismos de control para las acciones estratégicas. De esta manera,

los procesos de discusión en los asuntos públicos elaborados con claras garantías para todos los afectados que han hecho parte en el “discurso práctico” deben posibilitar que todas las acciones relevantes vengan cubiertas por una doble faz: la coerción normal del derecho y la aceptabilidad racional de los afectados o amparados por dichas normas. (Durango Álvarez, 2006, p. 19)

Entonces, serán los procesos constitucionales un diseño en el cual, de manera pública e incluyente, se permita la participación en el proceso judicial que propicie el debate y la apertura hacia la cooperación e intervención de particulares y entidades, con estrategias progresistas en el debate público, implementadas para abarcar los intereses en juego. Estos procesos constitucionales deben ser diseñados e implementados de manera pública y transparente para que la ciudadanía alcance la comprensión e inclusión que sopesa las posibles falencias no escuchadas en el debate político, pero que sean temas que logren ser integrados y solucionados en el debate judicial mediante una buena participación en el proceso democrático. “Así, lo que se pretende es que aquellos que no pudieron lograr el apoyo o reconocimiento suficiente ante la legislatura tengan mayores chances ante la Corte” (Kavanagh, como se citó en Niembro, 2017, p. 158).

Unos principios claros de “reglas de juego” hacen posibles entendimientos menos violentos. Como dice García Amado, puesto que el consenso real puede ser fruto de la manipulación o coacción, la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo

racional es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen sus argumentos y contraargumentos, estas son palabras de Durango Álvarez (2006), que permiten recabar en lo planteado por Habermas respecto de la facticidad y validez del principio del discurso, “que le servirá como referente al sistema democrático y jurídico de los estados democráticos de derecho” (p. 19). El autor expone que: “Válidas son todas las normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (p. 19). Descendiendo al ámbito judicial, el discurso bajo los fundamentos habermasianos será el fundamento de simetría para el ciudadano con el cual ha de fundamentar de manera racional su interés y construcción en el principio democrático, el cual tiene como fin establecer las bases procedimentales por las cuales los ciudadanos establecen las normas jurídicas que se presentan en forma de derecho.

Se trata de acoger concepciones pluralistas con la capacidad de articular variados intereses para construir decisiones acopladas bajo un mecanismo “que logre entretrejer lo institucional con la racionalidad discursiva”, a modo de legitimar procedimientos ahora judiciales. Habermas (como se citó en Durango Álvarez, 2006), corrobora esto cuando declara:

El principio de discurso ha de empezar adoptando, por vía de institucionalización jurídica, la forma de un “principio democrático”, que proporcione a su vez al proceso de producción del derecho, fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica. (pp. 19-20)

Sin embargo, es claro que, para institucionalizar el diálogo no basta con intentar obtener legitimación judicial en un proceso constitucional donde decida un segmento social, se requiere idear mecanismos que aseguren un pluralismo social y con ello, lograr la participación de los más fuertes y los más débiles, pero en un escenario de equidad y participación igualitaria que aporte

información que de otra manera no hubiese sido evaluada. En palabras de Niembro (2017), no importa cuántos esquemas concibamos en aras de incrementar el número de intereses y argumentos a los que los jueces están expuestos, el hecho de que son estos y no las partes quienes tienen la última palabra precluye cualquier referencia directa a la participación como una fuente de legitimación. Por estas razones es que la participación en los procesos constitucionales es solo una condición institucional necesaria, pero no suficiente, para legitimar la función de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos fundamentales. En suma, la legitimidad del órgano jurisdiccional no se reduce a la acomodación que se haga de la dimensión participativa o representativa.

Este autor presenta una segunda estrategia en este ideal de institucionalización dialógica basada en una lectura deliberativa de la regla mayoritaria según la cual “la legitimidad de la decisión no reside sólo en los números sino en que haya sido adoptada por una mayoría a través de procedimientos racionales de deliberación y de toma de decisiones, cuyos resultados tienen una presunción de racionalidad” (Benhabib, 1994, p. 33). Sin la dominación de los jueces sobre los ciudadanos y con la respuesta desde el legislativo que logre objetar las interpretaciones de los tribunales con desafío a la doctrina judicial, redundará el proceso deliberativo en igualdad, donde los intervinientes estén facultados a rebatir, desde la óptica del interés general, la interpretación que de manera pública se agende en mesas de trabajo donde todos estén invitados a dialogar y obtener decisiones consensuadas.

Puntualiza, Niembro (2017), que para que este cometido se cumpla el tribunal debe verse imbuido en un debate público en el que su interpretación pueda ser criticada por el público y eventualmente superada por los órganos legislativos, en este caso nacionales, en tanto no existe un equivalente a nivel internacional (p. 161). La interpretación dialógica con inclusión de todos los

frentes: social, judicial y parlamentario, redundan en legislaciones coherentes conducidas bajo el mismo hilo o los mismos lineamientos interpretativos con el poder judicial que respondan de manera cohesionada a los precedentes judiciales en materia de derechos y libertades.

Ahora bien, la inquietud redundan en cómo diseñar el diálogo entre Cortes, tribunales, Parlamento y comunidad sin dejar de lado la garantía del juez frente a su independencia e imparcialidad respecto de las partes en contienda y frente a terceros, pero garante en la implementación del diálogo y que la justicia constitucional sea escenario útil para una deliberación incluyente de la ciudadanía en sede judicial. Es claro que, cuando hay pluralidad de intervenciones el debate se torna intenso y emergen aristas de interpretación constitucional que pueden inquietar las deliberaciones, pero la finalidad debe delinear propuestas interpretativas dirigidas bajo una óptica de conversión hacia una sociedad mejor.

Es evidente que, en la confrontación argumentativa al interior de un diálogo constitucional, para algunos actores el tema se encaminará por la defensa de intereses sociales que se ven restringidos desde el punto de vista de las libertades de la ciudadanía; en tanto que, para otros interlocutores su argumento podrá estar lineado no como una restricción sino como una verdadera protección rigurosa de un derecho. Ello se suma al hecho de las divergencias entre el legislador y la justicia, que queda al arbitrio de la ley y el reglamento, pero que es el papel en sede judicial su mejor interpretación, estos son los discursos a los que se enfrenta cualquier modelo dialógico que necesariamente busca racionalidad y legitimidad en derecho.

Es necesario el contraste entre las leyes, la Constitución y la deliberación democrática que abra las puertas a una ponderación entre principios y normas, que permita debates ulteriores con alta calidad deliberativa donde se solicite el apoyo de comisiones de derechos humanos, ONG, entidades especializadas y así, la consulta pública enriquezca el tema sobre el que se dialoga como

garantía de contradicción y derecho de la minoría para debatir. Es una necesidad la institucionalización del diálogo entre poderes y de estos hacia la comunidad.

Afirma Niembro (2017) que “la idea de los procesos judiciales como instrumentos de participación política y los tribunales como sedes de diálogo han sido estudiadas por teóricos preocupados por el déficit democrático de la justicia constitucional” (p. 192) y explica que, para que la participación en los procesos judiciales sea un mecanismo de participación política, deben darse dos condiciones: por un lado, que quienes participan en el proceso judicial sean los excluidos o los tratados sistemáticamente de manera desigual en el proceso político. Así, por ejemplo, Kavanagh (como se citó en Niembro, 2017), dice que la participación en sede judicial suele justificarse en la idea de que “la participación en el proceso democrático no es sustancialmente igual para todos, pues depende de recursos políticos, financieros y organizacionales, lo que hace que la influencia política de los ciudadanos sea dispar” (p. 193). En segundo lugar, para que la intervención en un proceso judicial sea un “mecanismo de participación política es necesario poder deliberar e intentar influir en las instituciones que toman las decisiones” (Niembro, 2017, p. 194).

Naturalmente en todos los procesos judiciales se Dialoga más o menos con los jueces, por lo que no es esta característica la que lo hace un mecanismo de participación política. Lo que la participación política exige es que el diálogo se dé con la administración o el poder legislativo. (Niembro, 2017, pp. 193-194)

De ello se sigue que, los procesos constitucionales lleguen a convertirse en un elemento corrector para dar paso a opiniones políticas que, como lo aclara el autor, son las Cortes quienes deben promover el diálogo judicial estableciendo el límite político y separando los escenarios, para evitar institucionalizar los tribunales como arena política y obtener en una instancia excepcional una ventaja política no concebida en la organización electoral. Lo que se busca desde este punto

de vista es que, los procesos judiciales tengan claros cometidos democráticos y con ello “1. Evitar que la discusión ciudadana sea abortada por el poder sin haber sido escuchada⁴⁵, 2. Conceder un espacio de participación a los sectores sociales tradicionalmente excluidos” (Niembro, 2017, p. 195). De ahí la trascendencia de quienes pueden participar en los procesos constitucionales para el tipo de diálogo que se desarrolle en el tribunal; parafraseando a Kelsen (2001), de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión como sede de diálogo.

La sede judicial dialógica demanda la participación de sujetos legitimados como parte dentro del proceso y terceros llamados por los jueces para enriquecer el debate y entregar experticias como fuente de información para proporcionar al diálogo nuevas perspectivas del problema. Aquí los jueces han de generar audiencias públicas e incentivar una buena lid. Luego, no se deja de lado la deliberación interna, es decir, ese diálogo entre los mismos jueces que componen los tribunales y Cortes, que han de incluir aquellos ámbitos sociales que desde su experticia y sapiencia aporten a la deliberación.

Hübner (como se citó en Niembro, 2017), sugiere una “ética para la deliberación política”, necesaria para que la deliberación cumpla con su cometido epistémico. En la primera etapa de la deliberación estima que los jueces deben tener una curiosidad respetuosa hacia sus interlocutores, lo que implica escuchar y entender lo que tienen que decir, y si es necesario formular preguntas. Por su parte, en la segunda etapa, los jueces deben actuar colegiadamente, es decir, con respeto y compromiso de argumentar y cooperar con el fin de llegar a una decisión colectiva.

⁴⁵ Véase Gargarella (2009).

Es preciso en este punto avocar las acertadas discusiones del profesor Roberto Gargarella y referirse a la trascendencia que apareja una estrecha relación del diálogo con la justicia, en tanto que, la posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas ha resultado, desde un comienzo, muy atractiva, aún para personas provenientes de posiciones antagónicas, por razones también diversas. En primer lugar, el lenguaje del diálogo conlleva, ya de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos. Por otro lado, la idea del diálogo democrático ha alcanzado un prestigio significativo en las ciencias sociales, muy en particular a partir del impulso que le han dado las “teorías comunicativas” de finales del siglo XX (Habermas, 1996; Bohman & Rehg, 1997; Nino 1991, 1996).

En contraste con lo citado, al recordar la definición de diálogo como esa plática o disertación entre sujetos que logran manifestar sus ideas e intereses, la posición de jerarquía del juez no puede sobrepasar los cometidos constitucionales, es decir, los jueces no deben hacer prevalecer aquellas posiciones preconcebidas individualmente, sino tener en cuenta la argumentación y opiniones de los demás, y ser capaces de cambiar de opinión, todo en la búsqueda de la mejor decisión, para con ello realizar un ejercicio de empatía deliberativo, deben poder imaginar los puntos de vista que no fueron expuestos en el proceso de personas afectadas y de esta manera abarcar la solución al conflicto que se concreta en la sentencia como marco de protección constitucional con implementación continua y prolongada.

Recuerda el citado autor la necesidad de un control continuo por parte de los jueces y de la sociedad civil sobre las medidas que se han negociado con los poderes políticos y se deciden implementar. Para esto, deben preverse instancias de verificación continua y medios de control que hagan sustancialmente partícipes a los grupos sociales, así como diseñar estándares de

cumplimiento, involucrar esferas sociales más amplias que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, es un requisito indispensable para asegurar que las medidas tomadas no sean reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional (Niembro, 2017).

Se trae en este punto una frase concluyente en la obra del jurista Niembro evocando a Michelman, es que nos gusta creer que cuando los jueces tienen la última palabra los límites sí existen. Esa creencia está basada en la idea de que estos deciden nuestras disputas de buena fe y objetivamente, sin embargo, nada nos impide hacer esa misma caracterización de la gente y de sus representantes (Niembro, 2017).

3.2.4. Litigio de interés público caso Argentina

El estudio en este estadio es de carácter descriptivo y contribuye a comprender los presupuestos del litigio de interés público como forma de institucionalizar el diálogo constitucional. El análisis propuesto en este título se realiza a partir del estudio del caso concreto en Argentina, la cuestión es si el control judicial puede circunscribirse a las exigencias del giro dialógico del constitucionalismo.

Se trata del caso de la Corte Suprema de Justicia en Argentina, corporación que, enfrentada a decidir sobre problemas estructurales de violación a derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ha optado por implementar —en cierta medida— un control deliberativo en la toma de decisiones y extender su solución a los poderes democráticos, a partir de la institucionalización del diálogo con todos los actores involucrados en los temas objeto de decisión. Son casos emblemáticos de la puesta en marcha de esta esfera dialógica los casos

Verbitsky, Riachuelo y Vacantes⁴⁶, tramitados y resueltos de tal manera que fue posible a través de la deliberación, encontrar soluciones que logran un compromiso con la garantía de los DESC bajo una esfera de respeto frente a competencias ajenas de los demás poderes públicos para así, una vez comprobadas las violaciones de derechos alegadas, dictar parámetros muy amplios para que las autoridades presentaran un plan integrado y comprensivo que resolviera la problemática.

En dichos casos, la Corte Suprema argentina, con su autoridad judicial cumple su cometido como garante de derechos constitucionales al llamar la atención sobre asuntos descuidados por los poderes públicos y, en cumplimiento de ese mismo rol garantista, ejerce su poder formal o de jure, pero sin invadir o expandirlo hacia las obligaciones de otras ramas del poder público involucradas en las contiendas rebatidas en esa corporación.

Como síntesis de esos litigios de interés público, se logra extractar en el caso Verbitsky, la intervención de la ONG Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), bajo la acción de *habeas corpus* colectiva, dirigida a todas las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos inadecuados o con altos índices de hacinamiento. La Corte, ante el reconocimiento de la violación aducida, ordenó a la provincia acusada a “convocar una mesa de diálogo, en la que participaron los accionantes, organizaciones sociales y sociedad civil,

⁴⁶ Véase: Caso Verbitsky: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus” del 3 de mayo de 2005. Disponible en:

http://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf

Caso Riachuelo: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” del 8 de julio de 2008. Fallo completo en: http://www.farn.org.ar/docs/fallo_riachuelo080708.pdf

Caso Vacantes: Expediente 23360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” con fallo del Juzgado de 1º instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 13 de agosto de 2007 y de alzada ante la Sala 1º de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la misma ciudad, del 19 de marzo de 2008. Disponible en <http://www.acij.org.ar/>

para arribar a una solución consensuada y sustentable. Esa solución fue (y es hasta la fecha) monitoreada por la propia Corte y el CELS” (Márquez, 2007, pp. 1-9).

El caso Riachuelo, lo determina un grupo de ciudadanos que reclamaron la indemnización por los daños y perjuicios causados por la provincia de Buenos Aires, y cuarenta y cuatro (44) empresas contaminantes del río Matanza-Riachuelo, la Corte accedió a las pretensiones relacionadas con el resarcimiento del daño infringido al medio ambiente y su recomposición, la reanudación y finalización del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca, la implementación de medidas destinadas a atender la salud de la población ribereña y la creación de un fondo público para reparar los daños a las víctimas, en este caso, la Corte con respeto a las competencias del poder público, dictó parámetros muy amplios para que las autoridades presentaran un plan integrado y comprensivo que resolviera la problemática medioambiental y conminó a que estas se tomaran bajo su supervisión (Niembro, 2007, p. 215).

Situaciones similares se evidencian en el caso Vacantes, un tercero interesado como lo fue la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), a través de un amparo colectivo, expuso la falta de accesibilidad a la educación para niños y niñas de la Ciudad de Buenos Aires, la Corte con fundamento en el texto constitucional aceptó la dimensión colectiva del derecho a la educación y a la no discriminación y advirtió que el problema yacía en la ausencia de políticas públicas a cargo de la administración para hacer efectivo ese derecho, y aplicó una “regla de juicio”, consistente en evaluar la razonabilidad de las medidas que hasta ese momento se habían adoptado. Regla que considera constitucional cualquier medio que tienda razonablemente a absorber la demanda educativa.

Así, la Corte no ordenó asegurar un lugar escolar a un niño o niña en particular, sino mandó la ejecución de una política pública cuyos plazos serían determinados por la propia demandada.

Además, pidió la presentación de un proyecto en el que se detallaran claramente las medidas para satisfacer las necesidades de educación inicial de los niños y niñas entre 45 días y 5 años de edad, ello con un seguimiento de la situación e informes de solución en casos concretos. Como se puede observar, el juez llamó la atención sobre un problema desatendido por el poder político, al mismo tiempo que dejó en sus manos la decisión final sobre su solución. En congruencia, emitió una sentencia exigiendo las medidas necesarias para subsanar la inconstitucionalidad que produce su ausencia, pero sin decir cuáles son estas. Más aún, con el fin de reforzar sus órdenes, requirió informes y estableció plazos de presentación, especificó que las medidas debían ser claras y ordenó el seguimiento de la situación de los niños y niñas en lista de espera. Es decir, estableció un control a fin de asegurar que se tomaran las medidas correspondientes (Niembro, 2007, p. 216).

Después del Abstract realizado a estos casos particulares, es momento de resaltar la forma como la Corte argentina ha institucionalizado el diálogo en su trámite decisorio, dando cabida a la participación social y al trámite colectivo de intereses públicos que involucraron derechos de índole fundamental y que, para su resolución los jueces incitaron a la deliberación. Es más, la Corte, sin despojarse de su poder judicial, permitió “a la administración para que junto con la ciudadanía llegarán a una solución consensuada” (Niembro, 2017, p. 218), buscó lograr un acuerdo sobre la adopción de medidas donde se logra entrever la “expansión de la senda deliberativa en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” (Niembro, 2017, p. 219), con la consecuente realización de audiencias públicas en las cuales fueran escuchados los interesados y opiniones de terceros, encuentros de diálogo para lograr resultados positivas de negociaciones entre las partes. A ello se suma la creación de mesas de trabajo para monitorear el proceso y la importante designación de un interventor judicial para realizar el seguimiento de lo decidido (Niembro, 2017, pp. 218-219).

Sin embargo, no todo es color rosa, en la Argentina lo ha recordado el profesor Roberto Gargarella, también se percibe cómo en audiencias públicas organizadas por la Corte Suprema argentina, instaladas con la finalidad de entablar el diálogo constitucional con representantes de comunidades indígenas sobre la explotación del litio en sus territorios, fueron conflictivas, entre las razones, se destaca la pobre actuación de los jueces en las discusiones, quienes adoptaron una posición distante y no empática, por cuanto no se concebía tal postura ante la trascendencia en el tema político-cultural de esos pueblos y frente a hechos estructurales de la organización institucional.

Sea este el momento para puntualizar que, en el título anterior referente a la institucionalización del diálogo judicial se advirtió sobre la figura de terceros invitados, quienes cumplen una importante labor que ha sido reglamentada para una debida colaboración con la justicia argentina. Son expertos quienes comparecen al litigio para emitir un concepto especializado o técnico de mayor relevancia para que el tema objeto de litigio cuente con fuentes nuevas de información que permitan sustentar el debate y proporcione mayores elementos discursivos para los interlocutores en el diálogo, esa intervención de terceros ha sido denominada *amicus curiae* y se ha extendido y consolidado en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, siendo asumido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir de ello se ha ido aceptando progresivamente, vía jurisprudencial, en países de tradición romano-germánica.

La Defensoría del Pueblo peruana (2009) ilustra cómo el *amicus curiae* (amigo de la Corte) permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final. Cabe

resaltar que este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.

En el Caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que los *amicus curiae* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma.

En el ámbito normativo, Argentina cuenta con disposiciones expresas que recogen la figura del *amicus curiae*: como lo son la Ley 24.488, publicada el 28 de junio de 1995 sobre “Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos” y que establece que:

En el caso de una demanda contra un estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter amigo del tribunal. (Argentina, Ley 24.488)

La Ley 402, “Ley de procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, publicada el 17 de julio del 2000. Establece que, en el trámite de una demanda de inconstitucionalidad, cualquier persona puede intervenir en calidad de asistente oficioso, limitándose a expresar una opinión fundamentada en el tema debatido. Además, precisa que no reviste la calidad de parte, que solo ilustra al tribunal y no tiene efecto vinculante (artículo 23). La Ley N° 25.875, sobre “Procuración Penitenciaria”, publicada el 22 de enero de 2004. Establece que el Procurador Penitenciario y el Adjunto, por orden del primero, están facultados para “expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de amigo del tribunal” (literal “e” del artículo 18).

Ahora bien, como se explicó párrafos atrás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incluido la admisión del *amicus curiae* en procesos judiciales, autorizando la intervención del amigo del tribunal a personas físicas como jurídicas que no sean parte en el pleito, pero con reconocida competencia sobre la cuestión debatida y acogiendo su intervención en cualquier proceso donde se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Como lo analizó la Defensoría del Pueblo peruana (2009), la Asociación Argentina de Derecho Constitucional elaboró el Reglamento de Actuación de “*Amicus Curiae*” del 12 de diciembre de 2007, mediante el cual estableció un listado de profesores que pueden participar en calidad de *amicus curiae* y, principalmente, destaca que el amigo del tribunal no reviste el carácter de parte y se limita a expresar opiniones fundadas en defensa del interés público o en una cuestión institucional relevante, la cual, aunque no tiene carácter vinculante para el juez, contribuye a proporcionar herramientas en su labor judicial.

Es preciso reiterar que, los litigios cuando enmarcan en mayor medida un interés público, requieren la fuerza argumentativa de todos los actores en juego y dependerá de la persuasión de los interlocutores y la disponibilidad de aceptación de los participantes para dar efectivo curso al proceso deliberativo. No es el juez quien de manera elitista deba tener la última palabra, la interpretación, el diálogo, las audiencias públicas y los *amicus curiae* amplían la visión de la democracia deliberativa donde las reglas y su interpretación, además de la posición de los operadores y destinatarios, estén sujetas al debate que proporcione el mejor resultado posible hacia el interés público.

3.2.5. Reformas institucionales

En este título conviene hacer énfasis en la manera como las instituciones bajo esa práctica novedosa del diálogo, puedan reformar el camino hacia la institucionalización de las conductas

dialógicas con miras hacia un constitucionalismo popular democrático en la toma de decisiones que afectan intereses de la sociedad. Lo pretendido es analizar las teorías dialógicas con una visión reformativa de las instituciones que permita a los tribunales constitucionales convertirse en sedes de diálogo constitucional, generando el acercamiento con el pueblo para la adopción de decisiones.

Al respecto es pertinente indicar que, los cambios institucionales tendientes a involucrar de manera activa a otros actores y escuchar a las partes en contienda en los litigios donde se debaten temas estructurales de trascendencia pública o que comprenden la necesidad imperiosa de erradicar problemas públicos o dar solución a violaciones graves de derechos humanos, es una tendencia que llama a las instituciones parlamentarias y judiciales a reformarse.

Se hace notorio el modo como el diálogo *inter partes* es enriquecido con las deliberaciones de diferentes representantes de la sociedad civil, las ONG, movimientos sectoriales, víctimas y además, representantes estatales que sean convocados a audiencias públicas, en las cuales los tribunales: i) han dejado de lado una tradicional actitud de autorrestricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto, sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen (Gargarella, 2014).

Desenmarcar el litigio judicial de la idea del supremo juez que legitima su decisión únicamente en su dignidad jerárquica, es el paso para el cambio en el diseño institucional, aquí reside uno de los principales atractivos de este tipo de soluciones, “la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos ‘conversacionales’ ahuyenta los temores y las críticas

relacionadas con la ‘imposición’ de soluciones ‘desde arriba’, que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad (Tushnet, 2009, Waldron, 2016).

Las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al “imponer la última palabra”, se afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional (en donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la creación normativa). (Gargarella, 2014, p. 3)

Dando alcance al asunto, ha de considerarse que las reformas hacia soluciones dialógicas rescatan esa “última palabra” de los acuerdos concertados y enriquecidos con debates incluyentes, lo que ha propiciado que aquello que estuvo relegado en el proceso legislativo y administrativo obtenga voz y ocupe un lugar en la dialéctica judicial para la toma de decisiones, en palabras de Friedman (como se citó en Gargarella 2014):

La revisión judicial es, de modo significativo, mucho más interactiva e interdependiente (de las otras ramas de poder) que lo que se considera habitualmente. La Constitución no es interpretada por jueces que están en lo alto, que imponen su voluntad sobre el pueblo. Por el contrario, la interpretación constitucional es una discusión elaborada entre los jueces y el cuerpo político. (p. 19)

De estas formas institucionalizadas entre distintos poderes orgánicos, judiciales y societarios, las respuestas en el proceso de toma de decisiones han de cambiar en espacio y tiempo, es decir, las respuestas a determinados asuntos deben ser debatidas y dialogadas entre las autoridades, los tribunales y el conglomerado social de manera previa y durante el trámite procesal, sin descuido de la gestión posterior a la toma de decisiones, con el objetivo común de abordar y propiciar soluciones que en realidad se cumplan y logren un seguimiento y monitoreo bajo la interventoría judicial y administrativa.

Es claro que, el poder judicial recibe del legislativo los textos normativos y que por vía de interpretación las decisiones se ajustan a casos concretos, reduciendo con ello las posibilidades para el diálogo entre tribunales y Parlamento, razón que requiere maximizar, en el ámbito entre poderes, el diálogo democrático con participación ciudadana, donde se incluya la experticia judicial en la cocreación legislativa y canalizar el diálogo hacia la necesidad común, propuesta que se devela hacia prácticas y doctrinas encajadas en la típica estructura de los frenos y contrapesos, teoría desarrollada por Roberto Gargarella (2014a), que “nació con el objeto de contener y canalizar enfrentamientos sociales y políticos muy profundos” pero dirigidos bajo una óptica de guerra y así impedir “las mutuas opresiones” pero que, obstaculiza el “desarrollo de una práctica apropiada de diálogo constitucional” (p. 26).

El autor propicia el debate mostrando cómo estas nuevas soluciones dialógicas se ven socavadas de manera indebida en estructuras tradicionales y considera que, “una defensa apropiada del constitucionalismo dialógico debe llevarnos a promover una organización institucional diferente” (Gargarella, 2014a, p. 26) que tiende a activar, en los hechos, el diálogo público, promoviendo la “transformación de las preferencias” de la ciudadanía, y la confrontación y el debate entre las distintas ramas del poder bajo un “sistema de revisión judicial de constitucionalidad”, el que tiende a desarrollarse de un modo “conversacional,” y por tanto, en línea con los ideales del diálogo constitucional (p. 3).

Las medidas dialógicas o alternativas al diálogo son repensadas frente a la separación de poderes y con ello, en el respeto entre las instituciones y sus cometidos, sin invadir su esfera obligacional, pero sí dirigidas hacia los mismos objetivos.

El hecho de que el poder esté dividido, y que las decisiones se deban tomar entre ramas diversas de gobierno, a partir de mecanismos de checks and balances, ayuda a que las iniciativas normativas se moderen, se maticen, y se enriquezcan con puntos de vista diversos. (Gargarella, 2014)

Ahora bien, no se considera que para canalizar en debida forma y acatando los lineamientos constitucionales como legitimación democrática en la nueva dialéctica judicial, parlamentaria y social, se requiera de estructuradas reformas constitucionales que legitimen el proceso discursivo; propone el autor Niembro (2017), implementar medidas comunicativas tales como intentar obligar al Congreso a reconsiderar una norma sin imponer una solución concreta, así como también, establecer que una violación de derechos debe subsanarse plazo determinado sin adoptar una decisión particular, y/o sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, pero permitiendo que adopte la decisión final. Por ejemplo, tratándose de reformas estructurales, pueden

Forzar a los otros poderes a tomar cartas en el asunto y llegar a una solución consensuada a través de un diálogo inclusivo, o en el caso de omisiones legislativas, emitir una sentencia apelativa en la que se increpe al legislador a cumplir su función.

Ahora bien, continua el autor, si estas medidas no son efectivas, pueden optar por “integrar la disposición a través de la analogía o extender [o reducir] su ámbito de aplicación”, sea excluyendo uno o varios de los

Supuestos comprendidos en abstracto en el enunciado legal, o negando la pretensión de aplicación incondicionada que para determinado supuesto la regla ostenta. Incluso pueden apereibir al legislador de una futura declaración de inconstitucionalidad; declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, con o sin mandato de tiempo y/o modo al legislador; reconocer la inconstitucionalidad de la disposición posponiendo su declaración; o dictar la inconstitucionalidad con nulidad. (p. 119)

El examen constitucional interpela sobre los actores que discuten y desde la posición de la que lo hacen, lo que amerita reformas en torno al grado de participación y el modo de hacerlo,

necesidad que tiene su fundamento en la dificultad de llamar “diálogo democrático” a uno en donde los participantes se encuentran situados en posiciones tan desiguales. Por supuesto, es posible decir que tanto la Corte como el público participan de algún modo en una “conversación”, que se desarrolló a lo largo del tiempo, alrededor de temas de máxima relevancia pública. Sin embargo, el hecho es que una de las partes en esta conversación “grita, se queja, escribe en los periódicos, y litiga...mientras que la otra simplemente decide”. Como diría Jeremy Waldron, hay algo ofensivo en esa situación, para cualquier demócrata que se precie de tal (Waldron, como se citó en Gargarella, 2014 p. 19).

El diálogo requiere verdaderas reformas de las estructuras institucionales dirigidas a implementar las nuevas prácticas de intervención judicial que involucre la relación entre poderes, pero con dirección hacia la protección de derechos. Ha de requerir una transformación conceptual referente a la consideración de las partes en posición de igualdad y no en posiciones de dominación. No se logra una reforma real cuando el juez se encuentra en un lugar de dominación frente al pueblo o en las situaciones de posición jerarquizada entre el Parlamento y la justicia. Los cambios requieren planeación, estrategias, compromisos, pero, sobre todo, acción para reformar las viejas estructuras y despojarlas de la posición privilegiada, ello ha de contribuir a acelerar, activar y delinear instancias eficaces de diálogo. No baste con utilizar herramientas dialógicas, no es igual delinear la actividad tradicional con la puja del diálogo, se requieren Cortes dialógicas con desapego a la élite o la superioridad en sus trámites procesales y decisiones.

Lo que conduce a “reevaluar los problemas del carácter contramayoritario de la justicia; la más débil legitimidad de ésta en relación con los órganos políticos”; o el compromiso de “asegurar que en una sociedad democrática las decisiones más importantes queden en manos de la propia comunidad”. El tipo de soluciones que el “nuevo constitucionalismo” ideó, frente a tales

problemas, tenían que ver con la adopción de mecanismos dialógicos de diferente tipo; “la promoción de un papel más protagónico para los órganos políticos; y, en el mejor de los casos, mayores espacios para la consulta a los propios afectados”. Iniciativas como las citadas resultan en todos los casos interesantes, y nos hablan de formas de “relación entre los poderes -y en particular, formas de intervención judicial- que se muestran posibles; valiosas en términos de la protección de derechos”; y por encima de todo, justificadas, desde una posición preocupada particularmente por la legitimidad democrática del “proceso de toma de decisiones”. Por ello mismo, tiene sentido “celebrar la llegada de las mismas, y promover su difusión y proliferación” (Gargarella, 2014a).

Mecanismos como las audiencias públicas celebradas en el medio judicial o la consulta a las comunidades indígenas, auguran decisiones incluyentes y equilibradas, respetuosas de las necesidades sociales y preocupadas por un tratamiento igualitario e incluyente, sin reservas de las expectativas ciudadanas. Es demasiado amplia la distancia que separa al ideal del diálogo democrático entre iguales, y las interacciones que hoy se generan entre las diversas ramas del poder. Ello así por varias razones, pero, sobre todo, por la ausencia efectiva del “pueblo”, en ese reclamado diálogo democrático, pues concluye Gargarella sobre la imperiosa necesidad de promover un diálogo democrático entre las distintas ramas del poder, y entre ellas y la sociedad en su conjunto.

Se evidencia cómo los asuntos constitucionales bajo la lupa del constitucionalismo dialógico traen grandes retos a los Estados como una “forma estimulante para acomodar nuestros compromisos con la soberanía popular y la protección de los derechos de las minorías” (Gargarella, como se citó en Ovares Sánchez, 2021, p. 226), que enrute a las instituciones hacia la concepción de métodos decisorios como un proceso colectivo en asuntos constitucionales, “donde se entable

una conversación continuada” y democrática bajo un “ideal dialógico y regulativo” del diseño institucional que no dependerá de la “voluntad discrecional de sus participantes” (Gargarella, como se citó en Ovares Sánchez, 2021, p. 226).

La citada autora Ovares, presenta bajo la óptica del profesor argentino Gargarella, los posibles contornos de este ideal dialógico y regulativo, entre los que se enmarcarían las regulaciones y reformas institucionales desde el ámbito constitucional y con ello lograr adaptar a sus cartas políticas, las teorías dialógicas delineadas hacia la implementación de un verdadero diálogo basado en “el estatus igual de los diferentes participantes” quienes cuentan con autoridad y capacidades morales, políticas y jurídicas de presentar y defender sus puntos de vista, sin olvidar que, para enriquecer el proceso, el debate podrá contar con *amicus curiae*, que permita un proceso de “intercambio de razones (deliberación o discusión) referido a cuestiones de moralidad intersubjetiva”, en medio de un diseño propicio para la deliberación inclusiva “bajo el supuesto de que todo el proceso gana en imparcialidad si todos los potencialmente afectados intervienen en esa conversación” (Gargarella, como se citó en Ovares Sánchez, 2021, p. 226).

Capítulo IV

4. Activismo y progresismo de la Corte Constitucional en relación a la adopción homoparental.

Aproximación a una propuesta de constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico

4.1. Introducción: Corte Constitucional y Control Constitucional en Colombia

En este capítulo no se realizará un examen detallado del control de constitucionalidad porque otros trabajos ya lo han realizado, siendo difícil aportar sobre este tema algo innovador a lo escrito hasta el momento, no siendo el objetivo, definir esta clase de institución, ni establecer sus modelos, ni repetir cuáles son sus elementos dogmáticos, ni mucho menos clasificar y establecer requisitos sobre las diferentes clases de controles, simplemente se trata, teniendo en cuenta, como se señaló en el capítulo II de esta investigación, de que siendo uno de los problemas del control constitucional, la supremacía judicial entendida como la facultad de los jueces de fijar la interpretación constitucional con criterio vinculante, y que la misma se encuentra ligada a la revisión judicial de las leyes, y advirtiendo que son los jueces quienes tienen la última palabra interpretativa de la Constitución, principal crítica del constitucionalismo popular contra el sistema constitucional, se iniciara con una serie de reflexiones generales sobre el control constitucional desde la perspectiva de la Corte Constitucional en Colombia, siendo el órgano jurisdiccional que ostenta la supremacía constitucional.

Lo anterior, sin olvidar que el control de constitucionalidad no es más que una serie de mecanismos e instituciones articuladas para la defensa de la Constitución Política y la efectividad del principio de supremacía de la Constitución (Quinche, 2013). En este sentido, la Constitución se eleva a un carácter normativo, operando como una norma jurídica de aplicación directa, frente

a la cual sucumben el principio de legalidad y el control de legalidad, a los cuales le son superpuestos el principio de supremacía constitucional y el control constitucional, de modo que las leyes y normas son aplicados solo en cuanto no contradigan la Constitución. Ferrajoli respecto a la aplicación de este control señaló:

La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa. (Ferrajoli, 2001, p. 35)

En el segundo punto del capítulo se consignara una línea jurisprudencial relacionada con los derechos que fueron objeto de reconocimiento a la población LGTBIQ+ y que dieron lugar a que la Corte Constitucional colombiana se pronunciara sobre la adopción homoparental ante los reclamos de una minoría excluida tradicionalmente, además se analizará cada una de las providencias relacionadas con el tema destacando en cada una de ellas, las diferentes posiciones de los miembros del Tribunal Constitucional con respecto a la intervención del pueblo en las decisiones sobre tópicos que los afectan, específicamente se encontró estas manifestados en los salvamentos de voto que en extenso se transcriben las partes pertinentes.

Ya en un tercer capítulo se presenta el modelo que se propone como respuesta a la tensión existente entre el pueblo y los jueces, y en el cual se opta por establecer unos elementos sin los cuales el mismo no tendría sentido, como son: la Constitución escrita y restrictiva del gobierno, así como también una cierta flexibilidad de la carta, que tiene por objeto que el núcleo esencial de los preceptos constitucionales sobre el cual se presentó el consenso entre la sociedad quede incólume, siendo factible interpretar los elementos que para este trabajo se considera denominarlos no esenciales, y sobre los cuales tanto jueces como comunidad pueden modificar bajo los parámetros del centro de gravedad de cada derecho. De igual manera se propone, bajo la tesis del

constitucionalismo democrático como vertiente del constitucionalismo popular, la limitación del papel del juez en la escena constitucional reduciendo su intervención a garantizar que el procedimiento adoptado para toma de decisiones con la intervención del pueblo se desarrolle bajo los lineamientos democráticos, con respecto a los cuales debe procurar no sean vulnerados, y solo a través de ellos sea posible el diálogo entre iguales. Este tercer punto finalizará con las conclusiones a esta investigación.

4.2. El control constitucional desde la perspectiva de la Corte Constitucional en cuanto a su rol como intérprete de la Constitución

Desde principios del siglo XX⁴⁷ en Colombia se consagró un sistema de control de constitucionalidad de las leyes similar al norteamericano, caracterizado por ser un control difuso que podían ejercer todos los jueces con ocasión de cualquier proceso judicial, de esta manera, en caso de conflicto entre la Constitución y la ley aplicable, prevalece la norma constitucional. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos solo para el caso concreto. Esta modalidad de control de constitucional estaba acompañada por otra que, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia, permitía declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos *erga omnes*. De esta manera, en este país coexistían dos modalidades de control de constitucionalidad de las leyes: difusa ejercida por todos los jueces, y en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; y concentrada, cuyo titular era la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la impugnación de las leyes.

⁴⁷ Con la Constitución de 1886 se atribuía a la Corte Suprema de Justicia la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetado por el Gobierno (artículo 151 # 4). Incluso la Ley 153 de 1887 dotaba de eficacia (artículo 6) a las leyes posteriores a la Constitución que la contradijeran. Sin embargo, con la reforma de constitucionalidad de 1910 artículo 40 se dispone “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarían de preferencia las disposiciones constitucionales”

Pero, con la expedición de la Constitución de 1991 se modificó el sistema constitucional colombiano, en el cual, al viejo esquema integrado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, le fue introducida entre otras instituciones, la Corte Constitucional consagrada en el artículo 241 (similar al modelo europeo). El hecho relevante es el establecimiento por primera vez en el país, de la jurisdicción constitucional y su órgano especializado, como tribunal único con jurisdicción en todo el territorio nacional. De esta manera, la Constitución Política dispuso la creación de la jurisdicción constitucional en el capítulo IV —artículos 239 a 241—, señalando las reglas de establecimiento de la Corte Constitucional, el número y calidades de sus miembros, las funciones y competencias de la Corporación, las reglas generales que informaran sus procedimientos, la calidad de cosa juzgada de sus fallos, y algunas otras precisiones secundarias.

En el plano funcional a la Corte Constitucional se le asignó la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241 C.P.), mediante el ejercicio del control de constitucionalidad. Por lo demás y en los términos de la propia Corporación, la labor de la Corte:

No es consecuencia de un simple capricho jurídico o académico, sino básicamente la evolución de procesos políticos y necesidades sociales específicas, que han encontrado en ella el mecanismo de afianzamiento de una nueva forma de Estado de libertad, o el dispositivo de perfeccionamiento jurídico de una democracia consolidada. Por su intermedio se busca conformar un sistema de defensa de la Constitución, impidiendo que la violación directa de la misma o el desconocimiento de sus reglas pase inadvertida o quede sin explicación alguna. (Corte Constitucional, Auto 10 de 2004)

Así las cosas, en la Constitución de 1991, se estableció un sistema híbrido de control de constitucionalidad: el difuso y el concentrado. El primero, consagrado en el artículo 4to. constitucional, donde la Corte Constitucional y los demás órganos jurisdiccionales ordinarios y

contencioso-administrativos tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y por ello “inaplicar” en cualquier proceso judicial la ley que, relevante para la resolución del caso, pudiera ser contraria a la Constitución. Mientras el segundo, refiere a una Corte Constitucional que ostenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. En consecuencia, se trata de un modelo mixto en el que el control concentrado prima sobre el control difuso.

De este modo, el modelo actual colombiano de justicia constitucional que ostenta como titular a la Corte Constitucional delimita las jurisdicciones ordinaria y constitucional sin dejar de estar relacionadas, desde el punto de vista del control de las normas y actos que esta última se le atribuyen, debido a que tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad: de los actos reformatorios de la Constitución, de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional; de las leyes y normas con fuerza de ley y de los tratados internacionales; así como también para juzgar sobre la pertinencia de la negativa a comparecer ante una Comisión permanente del Congreso; para conocer de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno por inconstitucionales y, en fin, para revisar las decisiones judiciales definitivas relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.

Otras de las competencias exclusivas de la Corte Constitucional, no distinguible por razón de la materia, sino por el grado de actuación en ella, es la que hace referencia a que únicamente la Corte Constitucional ejerce la supremacía en la interpretación de la Constitución, lo que significa que es el supremo interprete constitucional y el supremo interprete de constitucionalidad de la ley, de ahí que, la doctrina de la Corporación contenida en sus providencias dictadas en los procesos que le son atribuidos vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria y contenciosa – administrativa.

De esta manera, la supremacía interpretativa de la Corte Constitucional para Manuel Aragón-Reyes no se circunscribe únicamente en materia de derechos fundamentales con la acción de tutela, sino que amplía el diámetro a la totalidad de las prescripciones constitucionales mediante la tarea de aplicación – interpretación de la Constitución y aplicación - interpretación de las leyes (Aragón-Reyes, 2021). Este mismo autor, señala que la aplicación judicial de las leyes y demás normas será al mismo tiempo aplicación de la Constitución, y ello es así, porque dado su carácter principialista y omnicomprendiva impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. Por lo cual, aparte de que la Constitución debe ser aplicada por todos los órganos judiciales, en aquellos casos, en los que no es posible una aplicación directa será necesario una aplicación interpretativa de la misma. Siendo una obligación de dichos órganos, interpretar las leyes de conformidad con la carta de Derechos. Y en esa interpretación “conforme” los jueces deben atenerse a la doctrina de la Corte Constitucional, pues solo así se concreta la función de supremo intérprete y guardián de la integridad y supremacía de la Constitución (Aragón-Reyes, 2021). En conclusión, la Corte Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación tiene carácter vinculante para todos los jueces, cuando aplican directamente la carta, como cuando la aplican indirectamente interpretando las normas, así como cuando profieren sentencias interpretativas que deciden la constitucionalidad de la ley.

Ahora bien, con respecto al rol de la Corte Constitucional como último intérprete de la Constitución —principal crítica del constitucionalismo popular al control de constitucionalidad— se reitera:

La Corte Constitucional como guardianas de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquéllas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del

ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos. De lo dicho se desprende la existencia de un límite cierto a la función interpretativa de los poderes constituidos: sus actos no pueden fungir como interpretación auténtica de la Constitución y elevarse al rango de parámetro constitucional. La Corte en ejercicio de sus atribuciones de defensa del orden constitucional no podría cumplirlas si da cabida a interpretaciones auténticas distintas del fiel entendimiento y lectura que ella misma debe en cada caso hacer de su texto. (Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1993)

Dicha Corporación es más explícita en el Auto 161, cuando dice:

4. Ha de observarse igualmente, que si bien es cierto que la interpretación judicial de una norma de rango legal pudiera resultar contraria a la Constitución en cuyo caso, si la norma se demanda puede la Corte en ejercicio de su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política expulsar del ordenamiento la interpretación que riña con la Carta, no lo es menos que cuando es la Corte Constitucional la que interpreta el sentido de una norma legal al confrontarla con la Carta Política, esa interpretación no es susceptible de demanda de inconstitucionalidad como lo pretende el actor, pues es la Corte el órgano de cierre, la autoridad constitucionalmente legítima para la interpretación de las disposiciones constitucionales, así como de las leyes cuando estas sean cuestionadas en cuanto a su validez con respecto a la Carta. (Corte Constitucional, Auto 161 de 2004)

Igualmente, la Corte Constitucional, dijo al respecto:

Es claro que la Corte Constitucional es también órgano “límite” de interpretación legal, pues de las condiciones estructurales de su funcionamiento, en el control de constitucionalidad de la ley, es perfectamente posible que la cosa juzgada constitucional incluya el sentido constitucionalmente autorizado de la ley oscura. En efecto, a pesar de que si bien es cierto, de acuerdo con lo regulado en el Título VIII de la Constitución, la administración de justicia se organiza a partir de la separación de jurisdicciones y, por ello, corresponde a los jueces ordinarios la interpretación de la

ley y, a la Corte Constitucional la interpretación última de la Constitución, no es menos cierto que hace parte de la esencia de la función atribuida a esta última el entendimiento racional, lógico y práctico de la ley cuyo control de constitucionalidad debe ejercer. De hecho, el control de constitucionalidad de la ley tiene una incidencia normativa indiscutible porque esta Corporación no podría salvaguardar la integridad de la Constitución, si no tiene claro el sentido de las disposiciones legales que deben compararse con las normas superiores que se acusan como infringidas; o tampoco si ejerce el control de constitucional sobre textos normativos que no coinciden con la praxis ni con su aplicación generalizada y dominante por parte de las cortes; ni cuando en un mismo texto legal encuentra normas conformes y otras contrarias a la Constitución; ni cuando el texto legal es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que deja de decir, esto es, cuando se presenta una inconstitucionalidad por omisión; ni podría proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con la aplicación concreta de la ley, entre otras razones. En consecuencia, se reitera que, la Corte no sólo “debe intervenir en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones sometidas a control”, sino que, además, debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente, esto es, señala la forma cómo debe interpretarse la ley y cómo no debe hacerse. En tal virtud, existen algunas circunstancias en las que la Corte Constitucional debe señalar la interpretación obligatoria de la ley. Esto se realiza, entre otras, mediante las sentencias interpretativas y aditivas. (Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2006)

En consecuencia, el Tribunal Constitucional en su papel de garante de la supremacía constitucional, es quien tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución. Es por ello que, la Constitución califica a la Corte Constitucional como intérprete supremo, y por tanto es constitucionalmente infalible, pues ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones. Trasladando las célebres afirmaciones del Juez Jackson referidas al Tribunal Supremo Norteamericano: *we are not final because we are infalible, but only we are infalible because we*

*are final*⁴⁸. Este carácter de “infalibilidad” de la Corte Constitucional le permite ejercer el control constitucional y garantizar la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la actuación de la Corte Constitucional no carece de límites, ya que el actuar como comisionado del poder constituyente permite que esté sometido a éste, el cual puede modificar la Constitución alterando su configuración, sus funciones, incluso suprimiéndola. También el poder legislativo, dentro del respeto a la Constitución, posee amplias facultades en relación con el Tribunal Constitucional, mediante el poder de aprobación o modificación de la legislación. Es más, la rama legislativa, con participación de otros órganos del Estado, designa los miembros de la Corporación. Finalmente, se puede decir, que en lo relativo al ámbito de la garantía de los derechos, el Tribunal Constitucional como cualquier otro órgano de las ramas del poder, aparece “sometido” al superior criterio de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro parámetro no percibido, y como tal vez suene atrevido calificar como límite, pero que el constitucionalismo popular lo rescata, es el poder del pueblo en la interpretación constitucional, el cual se ha presentado en forma de manifestaciones, protestas, reclamos, demandas que, si bien en ciertas ocasiones han sido atendidas, son débiles por su naturaleza esporádica y restringida participación, condiciones que unidas a otros, como las institucionales, estructurales del Estado, no han permitido un ejercicio regular de ese poder constituyente, estando lejos de romper la visión tradicional sobre el proceso de interpretación donde la Corte Constitucional tiene un marcado protagonismo, impidiendo en términos habermasianos, la visibilidad de “la lucha por el reconocimiento”. Tan cierto es lo consignado, que un claro ejemplo se encuentra en la publicación

⁴⁸ “No somos finales porque somos infalibles, pero solo somos infalibles porque somos finales” (N. del T).

de una noticia en el periódico *El Tiempo* del 4 de noviembre de 2015, relacionado con la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional de dar vía libre a la adopción igualitaria en Colombia, y en el cual se anota: “El resultado quedó con seis votos a favor de la ponencia y dos en contra” (El Tiempo, 2015, párr. 2). El mismo diario, el 30 de abril de 2017 en otro artículo publicado, se pregunta: “¿Qué hace la Corte decidiendo por una mayoría de cinco sobre los derechos de toda una sociedad?” (Quiñones, 2017, párr. 16). Y en tiempos recientes, con la Sentencia C-055 del 2022 mediante la cual se despenalizó el aborto hasta la semana 24 de gestación, fueron muchas las voces que en diferentes medios de comunicación reclamaron, porque nuevamente un grupo de minoritario de personas, decidieron por todos los colombianos.

4.3. Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional en el caso de la adopción homoparental

En Colombia, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991 se adoptó una carta garantista acompañada del fortalecimiento de la Rama Judicial, lo que implicó la atribución de facultades para la garantía y protección de derechos, por lo cual se acogió la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual, implicó, como ya se advirtió en la división anterior a esta sección del capítulo, la adopción del principio de supremacía de la Constitución y la creación de mecanismos judiciales que permitan salvaguardar su integridad y la de los derechos consagrados en ella (Uprimny, 2001). Es por ello, que se implementó la figura de la Corte Constitucional, que permitió iniciar un proceso de reconocimiento y reivindicación de derechos que ha llevado a algunos grupos poblacionales, conocidos como “minorías” a exigir el respeto y la aplicación de condiciones de igualdad de las garantías constitucionales consagradas en la carta política. Entre dichos grupos poblacionales que han luchado por la reivindicación de sus derechos se encuentra la comunidad LGTBIQ+ (lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales,

intersexuales y queer), quienes a partir de las sentencias proferidas por la Corporación Constitucional del año de 1993 empezaron a solicitar la protección de sus prerrogativas, en especial a la igualdad, la salud, la vida, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Ahora bien, entre dichos derechos reclamados para ser garantizados, el que más ha causado polémica, es el relacionado con la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, cuya controversia continúa, debido a las diferentes miradas, aportes y análisis realizados desde las diferentes corrientes de pensamiento, ideologías, realidades y actores sociales, es por ello, que en este trabajo de investigación se adoptó la decisión de examinar este tópico, toda vez que, resulta ideal para abordar en el ámbito nacional el tema principal de esta investigación, cual es, mostrar el desarrollo del control constitucional por parte de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido de la supremacía judicial entendida como la facultad y poder de esta super Corte de fijar la interpretación constitucional con criterio vinculante, atribuyéndose la última palabra interpretativa de la Constitución en su calidad de guardiana de la misma, y de esta manera, proponer un modelo dialógico fundamentado en las tesis del constitucionalismo popular para que a través de este mecanismo se permita la participación del pueblo y se prioricen los reclamos sociales —del constituyente primario en decisiones, como la de la adopción homoparental— y pueda opinar, ser escuchado, y se le permita la participación en la decisión de los individuos que se consideren afectados.

Es por lo anterior, que se plantea para este apartado del capítulo IV una investigación de corte cualitativa con base en el enfoque histórico hermenéutico, desde donde el proceso metodológico para la construcción de las perspectivas sociales y jurídicas de la adopción homoparental a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana se desarrolla con base en la información obtenida por medio del método de pesquisa relacionado con

el desarrollo de un proceso heurístico de selección de documentos, para luego realizar un análisis hermenéutico de los mismos teniendo presente que se partió de la delimitación de un objeto de estudio, por lo que se establecieron unas categorías de análisis y a partir de allí se recurrió a la búsqueda no solo de sentencias de la Corporación, si no de libros y otros documentos, en aras de consolidar la comprensión de diferentes corrientes de pensamiento no únicamente por parte del constituyente primario, sino también por parte de los integrantes de la Alta Corte con respecto a este tema.

En este sentido e hilando con el tema de la adopción homoparental escogido en este trabajo, es necesario agregar que, en Colombia ante los reclamos de la comunidad LGTBIQ+, exigiendo la protección y garantía de los derechos fundamentales, como a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, se encontraron varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que escucharon las voces de los actores sociales, pero que han estado acompañadas por diversas opiniones polarizantes, y que se han convertido en conflictivos, pero que al fin y al cabo, han permitido que la sociedad reflexione, aun encontrándose en lados opuestos, uno de los tantos propósitos que tiene el constitucionalismo popular. Es por ello, que advirtiendo que son varias las sentencias de la Corte Constitucional que rodean el tema de la adopción homoparental desde cuya perspectiva se quiere construir el modelo a proponer, relacionados con otros derechos reconocidos al grupo minoritario, pero que abrieron camino para que al final la Corporación Constitucional decidiera garantizar a parejas del mismo sexo el derecho a la adopción de menores de edad, es por lo que se hace necesario exponer una línea jurisprudencial de reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBIQ+, para luego desarrollar otra línea relacionada específicamente con la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo.

Para llevar a cabo el cometido anterior, se desarrollarán las líneas jurisprudenciales recurriendo a la técnica propuesta por el académico Diego López Medina en su libro *“El derecho de los jueces”* cuyas herramientas de carácter metodológico fueron utilizadas y acogidas en el módulo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla *“Interpretación Constitucional”* para el Concurso de jueces y magistrados (López Medina, 2017). De esta manera, el procedimiento utilizado para realizar la línea jurisprudencial relativa al reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBIQ+, y en relación al tema del título de este apartado, cual es la adopción homoparental, consiste en aplicar la *“ingeniería inversa”*, para lo cual, a partir de una sentencia que sirve como punto de apoyo, identificada como la más reciente, se aplicó la ingeniería en reversa, que permitió identificar las sentencias que hacen parte del nicho citacional, y mostrar en el caso de la comunidad minoritaria los derechos reconocidos, y que permitieron ceder el paso a la adopción de menores por parejas del mismo sexo, en cuya línea se mostraran las sentencias conocidas como fundadoras, consolidadoras, modificadoras y dominantes (López Medina, 2017).

Para estar acorde con lo planteado se realiza la estructuración de la línea jurisprudencial relacionada con los derechos reivindicados a la comunidad LGTBIQ+, la cual se precisó por Altamiranda, Mendoza, Medina, Carmona (2020) de la siguiente manera:

		T- 143/2018		
T- 675/2017	T- 099/2015	T- 141/2018	T- 476/2014	T- 804/2014
T- 918/2012	T- 476/2014	T- 476/2014	T- 477/1995	T- 475/2014
T- 594/1993	T- 804/2014	T- 804/2014	C- 075/2007	T- 101/1998
T- 450A/2013	T- 918/2012	T- 086/2014		

T- 622/2014	T- 062/2011	T- 771/2013
	C- 577/2011	T- 918/2012
	C- 075/2007	T- 876/2012
	T-1021/2003	T- 062/2011
	T- 551/1999	C- 577/2011
	C- 507/1999	C- 075/2007
	T- 565/2013	T- 101/1998
	T- 450 A/2013	T-450 A/2013

En este caso el punto arquimédico o Sentencia de apoyo es la T-143 de 2018, en la cual, la Corte Constitucional reconoce el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, y establece que dentro de la identidad de género se encuentran diferentes variables, una de ellas, la reconocida como transgenerismo que tiene que ver con “la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este” (Corte Constitucional, Sentencia T-143 de 2018). Posteriormente, se encuentra la sentencia hito, que es la fundadora de la línea, y que corresponde a la Sentencia T-594 de 1993, en la cual la Corte Constitucional refiere al libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de toda persona como individual ante el cambio de nombre solicitado de uno masculino a uno femenino, pues señala que cada persona desde su individualidad toma la determinación de identificarse como considere corresponde a su modo de ser (Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 1993). Esta providencia se constituye en un primer antecedente para el reconocimiento de derechos a una comunidad discriminada, y que otorga la posibilidad de invocar este fallo en casos similares.

Se establecen como sentencias consolidadoras de línea la T-918 de 2012, en la cual la Corte ante la negativa de la EPS frente a una solicitud de cirugía de cambio de sexo recomendado por el especialista, realiza un análisis partiendo de reiteración de jurisprudencia acerca del derecho a la identidad sexual, y salvaguarda los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y la dignidad humana, y aclara que el Estado no puede imponer barreras para que el individuo decida su desarrollo vital, su modo de ser y su condición sexual (Corte Constitucional, Sentencia T-918 de 2012). También se encuentra la T-099 de 2015 en la cual se destaca el estudio comparado realizado por la Corte Constitucional acerca de los derechos que son internacionalmente reconocidos a las personas trans y cita referencias como los principios de Yogyakarta o el pronunciamiento expreso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. En esta providencia, la Corporación establece la dignidad humana como la autonomía de los sujetos para diseñar un plan de vida (Corte Constitucional, Sentencia T-099 de 2015).

Así mismo, en la Sentencia T-675 de 2017 con la cual consolida la línea en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana como de carácter supremo, permitiendo el cambio de sexo y nombre en el documento de identidad en el caso de menores de edad (Corte Constitucional, Sentencia T-675 de 2017); de igual manera en la T-804 de 2014, la Corte precisa la existencia de una reiteración de jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales como la dignidad humana, igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, precisando que la persona sea tratada de acuerdo a su naturaleza, siendo aceptada como es, con sus rasgos y características; finalmente en la T-086 de 2014, se habla de la connotación del nombre, siendo el objeto de análisis el derecho a la identidad de género.

Ahora bien, dentro del rastreo jurisprudencial se lograron encontrar las sentencias confirmadoras de línea como la T-1021 de 2003, en la cual, la Corte expone lo que significa el entendimiento de la sexualidad humana, y especifica lo que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su significado para los individuos que al nacer tienen condiciones de intersexuales. En providencia C-075 de 2007, la Corporación ante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad donde se demandan los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 relacionados con las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, concluyó frente a las parejas del mismo sexo, que tienen requerimientos análogos de protección sin que existan razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado con las parejas heterosexuales, lo que podría constituir una forma de discriminación (Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007). Además, de estos pronunciamientos se encuentran aquellas relacionadas con cambio de sexo como las sentencias: T-551 de 1999, T-771 de 2013, T-876 de 2012 y T-622 de 2014. También los relacionados con el derecho al trabajo en la Sentencia T-476 de 2014, cuando a una mujer transgénero se le negó la continuación del proceso de contratación por no poseer el requisito de libreta militar.

En conclusión, de las sentencias referenciadas, se evidencia que la línea jurisprudencial tiene como base los derechos al nombre, la identidad de género, la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana estableciendo un precedente constitucional de protección especial a la población LGTBIQ+, sin embargo, también la Corte Constitucional en otros pronunciamientos respecto a esta misma minoría se refirió a los derechos patrimoniales (T-717 de 2011), matrimonio (C-577 de 2011 y SU-214 de 2016), discriminación (T-909 de 2011), donación de sangre (T-248 de 2012), educación (T-478 de 2015), Fuerzas Armadas (T-099 de

2015), migración (T-371 de 2015), pensiones (T-935 de 2014, privacidad y protección de datos (T-444 de 2014), entre otras.

Ahora bien, teniendo como marco las sentencias antes referidas en la línea jurisprudencial en cuanto a la protección de la población LGTBIQ+, se hace necesario relacionar los pronunciamientos relevantes en cuanto al tema central de la adopción homoparental. Lo anterior, no sin dejar de mencionar que sobre este tópico durante los años comprendidos entre 1991, 1992 o 1993 cuando se expidieron las sentencias fundantes, no se presentó pronunciamiento alguno acerca del tema, y solo se inició a plantear cuando aparecen reclamaciones sociales relacionadas con el matrimonio igualitario, lo que conllevó a que se iniciara una álgida discusión, polarizando a medio país.

De esta manera, utilizando una herramienta de analogía abierta, la primera referencia de la jurisprudencia constitucional sobre temas similares, es la sentencia de tutela T-523 de 1992, donde la Corte trata una tutela sobre el régimen de visitas. En uno de los apartes manifiesta:

a.- Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C. N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles. (Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1992)

Avanzando en el tiempo, en el año 1994 se demanda la constitucionalidad del art. 7 de la Ley 54 de 1990 sobre las uniones maritales de hecho y su régimen patrimonial, poniendo en tela de juicio su aplicación retroactiva, decidiendo la Corte en Sentencia C-239 de 1994 su exequibilidad sin mayor mención al objeto de estudio. En el orden temporal, la siguiente referencia

se presenta en la Sentencia T-553 de 1994, donde la Corte Constitucional, al examinar en tutela un caso de una petición de una pareja en unión marital de hecho ante el entonces Instituto de los Seguros Sociales - I.S.S., declara la absoluta igualdad de la familia, sin importar la forma de constitución. En uno de sus apartes afirma:

En efecto, la Carta Política de 1991 otorgó igual trato, el mismo nivel jurídico y derechos equivalentes a la familia fundada en el acto solemne del matrimonio y a la configurada en virtud de la voluntad libre y responsable de conformarla, adoptada por hombre y mujer mediante unión carente de formalidades. ... Del mismo modo, el esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contraído. (Corte Constitucional, Sentencia T-553 de 1994)

La siguiente referencia jurisprudencial se presenta en otra sentencia de tutela, la T-290 de 1995, en la cual, la Corte Constitucional se pronunció sobre la solicitud de protección de los derechos constitucionales a la igualdad y a tener una familia de una menor de edad, que una persona homosexual consideró vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al negarle la adopción de la niña abandonada a quien cuidaba desde su primer mes de nacida debido su condición. La Corte consideró que su condición de homosexualidad no influyó en la decisión, sino el ambiente de riesgo donde trascurría la existencia del adoptante.

Ese mismo año, se demanda la constitucionalidad del inciso 2º del art. 94 del Código del Menor, y mediante Sentencia C-562 de 1995, la Corte lo declara exequible sin marcar mayor avance en el estado del arte del tema. Sin embargo, la primera oportunidad donde la Corte tiene en sus manos la decisión sobre los derechos de las parejas homosexuales, es la Sentencia C-098 de

1996 donde se demanda la expresión hombre y mujer del art. 1 de la Ley 54 de 1990. Norma que fue encontrada exequible, al considerar que:

4.2. Las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales.... Por último, la omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra. Sin embargo, el fin de la ley se circunscribió a proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, como en efecto no ha ocurrido. (Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996)

En la expedición de esta providencia se presentó aclaración del voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, algo avanzaba en tanto establecía: “Consideramos justo y pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales...”. Mientras que, el salvamento de voto de los magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara, resultaba mucho más conservador en tanto consideraban:

El concepto de “pareja” tiene en la Carta Política por único y taxativo alcance el de “un hombre y una mujer”, pues la familia es definida por la misma Constitución (artículo 42) a partir de la "decisión libre de un hombre y una mujer (subrayo) de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"....

2) La homosexualidad es un concepto que la Constitución no trata ni regula. No la proscribire, pero tampoco de su preceptiva surge que le otorgue categoría de derecho jurídicamente reclamable... 3)

La Constitución colombiana es amplia en lo que respecta a la conformación de la familia, pero esa

amplitud alude al origen matrimonial o extramatrimonial de ella, ya que reconoce su surgimiento de "vínculos naturales o jurídicos"... 4) Debo decir, además, que, a mi juicio, mal podría admitirse el homosexualismo como origen válido, lícito y constitucional de la familia. Esta, por su misma esencia, está basada en la procreación, la cual no es posible sino sobre el supuesto de la pareja heterosexual... La "omisión" endilgada en este caso al legislador no existe, ante el claro y perentorio texto el artículo 42 de la Carta, que concibe precisamente la unión matrimonial o extramatrimonial entre un hombre y una mujer, excluyendo de plano toda posibilidad de uniones homosexuales. (Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996)

También se puede calificar como de escaso aporte evolutivo la sentencia de constitucionalidad C-383 de 1996 donde la Corte declara la exequibilidad de la Ley 265 de 1996 aprobatoria del “Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. También se cuenta con una decisión que tangencialmente se podría relacionarse con el tema, y es la sentencia de tutela T-587 de 1998 referida a un recurso de amparo constitucional interpuesto por una adolescente cuyo proceso de adopción con una familia extranjera se truncó por una decisión arbitraria del ICBF, en tal oportunidad la Corte manifestó:

Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. (Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998)

Continuando la línea temporal, quizá por primera vez cuando se toca el tema de estudio por la Corte, fue en la C-814 de 2001, allí se demanda la constitucionalidad del término “moral” contenido en el art. 89 del Código del Menor y especialmente la expresión: “La pareja formada por el hombre y la mujer” del numeral 2° del artículo 90 del mismo Código. Consideró la Corte

que la norma demandada equiparaba como aptos para adoptar los cónyuges con las uniones maritales con más de tres años de convivencia, por lo tanto, la norma resultaba acorde a los fines de la Constitución declarando las normas exequibles. En tanto, la omisión legislativa de no incluir las parejas homosexuales en idénticas condiciones que las primeras parejas mencionadas, no se presenta por no tratarse de distintas hipótesis, no siendo procedente la adopción por parejas del mismo sexo, dijo:

De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual.

(...) Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica, tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida.

(...) A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de

familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción....

(...) A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción. (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001)

A pesar de la decisión mayoritaria de la Corte, resulta valioso el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, donde expone importantes argumentos de los cuales se extracta los siguientes:

No es tampoco de recibo el argumento de que no se permite la adopción a parejas homosexuales, ya que por no existir el vínculo matrimonial no tendría los mismos derechos que tienen los adoptados dentro de una unión de un hombre y una mujer. Este argumento constituye una falacia y al mismo tiempo un círculo vicioso; falacia por qué se hace con el ánimo de engañar y círculo vicioso, pues no se lo permite porque no tiene la protección y no tiene la protección por qué no se lo permite. Esta interpretación viola el numeral 6 del artículo 42 de la Constitución ya que los hijos adoptados por homosexuales deben tener los mismos derechos de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él. (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001)

Esta posición adoptada por la Corte en la sentencia comentada previamente, contrasta a lo manifestado dos años más tarde en sentencia de tutela T-510 de 2003 en un caso de adopción sobre la protección a la familia y las condiciones que deben guardar las familias aptas para adoptar y donde se afirma la protección a todas las formas de familia, al parecer incluye a las familias homoparentales, así:

En efecto, en virtud de la protección especial dada por la Constitución al pluralismo y a la familia, la Corte está obligada a reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar que existen en el país. Lo que, es más, el especial amparo que otorga la Carta a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia (art. 43, C.P.) hace imposible desestimar la aptitud e idoneidad de las formas familiares que no responden al modelo occidental de la familia nuclear compuesta por padre, madre e hijos. Una constatación siquiera superficial de la realidad sociocultural colombiana demuestra que existen múltiples formas de familia en nuestro país, dependiendo de la ubicación geográfica, socioeconómica y cultural de cada grupo humano en cuestión, y de sus necesidades concretas. Por lo mismo, mal haría el juez constitucional al imponer una visión de familia que no corresponde a la realidad de la organización social colombiana, es protegida en forma exclusiva por el Constituyente. (Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003)

Con la Sentencia C-075 de 2007 se demanda la constitucionalidad, especialmente de los términos “un hombre y una mujer” contenidos en los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990 sobre el régimen patrimonial de las uniones de hecho, planteando trato discriminatorio respecto a las parejas homosexuales, normas encontradas constitucionales en el entendido que también se aplica a las parejas homosexuales, de la siguiente manera:

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es

contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado. (Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007)

Nuevamente resulta interesante el salvamento de voto del magistrado Rodrigo Escobar Gil, en el cual propone que el tratamiento igualitario para las parejas homosexuales se extienda a todos los efectos civiles, como por ejemplo la adopción, basado en la teoría que el artículo 42 de la Constitución Política, protege también a la familia conformada por dos personas, sin distingo de sexo, señalando así:

El constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio. (Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007)

Mediante la Sentencia C-814 de 2001 se negó la adopción de menores a parejas homosexuales, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia fue votada a favor por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil, Álvaro Tafur

Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. El magistrado ponente aclaró y salvó voto por considerar que las parejas de personas homosexuales sí tienen derecho a adoptar en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Así mismo, los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvaron voto conjuntamente por considerar viable, de acuerdo con la Constitución, que las parejas de homosexuales puedan adoptar (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001).

En ese mismo año se demanda la constitucionalidad del art. 163 de la Ley 100 de 1993, especialmente el término “familiar” sobre el régimen de seguridad social de las parejas para que cobije a las uniones homosexuales. En la Sentencia C-811 de 2007, la Corte vuelve a recurrir al concepto de déficit de protección por omisión legislativa y para declarar la exequibilidad condicionada en tanto se entienda incluidas las parejas del mismo sexo, consideró:

La detección de la inexecutable por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio no implica que la Corte deba declarar inexecutable la disposición, pues ello traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiados por el sistema, sino que deba condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo. (Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007)

Al respecto, resulta invaluable el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería donde afirma:

Así pues, de conformidad con mi más clara y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que

acabar con toda clase de prejuicios y preconceptos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar. (Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007)

En similar sentido la aclaración de voto de la magistrada Catalina Botero Marín, cuando asevera:

La familia puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” o “por la voluntad responsable de conformarla”. Es llamativa la disyunción entre la familia conformada por el matrimonio heterosexual y la familia que se origina en “la voluntad responsable de conformarla” sin referencia alguna al sexo de quienes la conforman. Entre otras muchas formas de unión entre personas, las parejas conformadas por personas del mismo sexo que, de modo responsable, deciden conformar una familia, constituyen, de manera inequívoca, una familia. No existiría razón alguna para privilegiar a las parejas heterosexuales sobre las parejas constituidas por personas del mismo sexo como fundamento de la institución familiar de que trata el artículo 42 de la Constitución. Una visión de la familia en Colombia, acorde con el sistema de valores, principios y derechos establecidos en la Carta Política, debe fundarse en la protección de los vínculos más profundos que llevan a las personas a conformar núcleos familiares: el amor, el afecto, la solidaridad y el deseo de ayudarse mutuamente. Sólo estos vínculos, de carácter absolutamente laico y democrático, son los que, en mi opinión, están en el corazón de la protección que el artículo 42 de la Constitución depara a la familia. (Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007)

Avanzando en el tiempo, en la Sentencia C-336 de 2008 se demanda la constitucionalidad de varias normas, a saber: artículos 1º. de la Ley 54 de 1990; el artículo 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, en las expresiones “compañera o compañero permanente” y referidas al régimen prestacional de los matrimonios y uniones conyugales, declarándolas exequibles en el entendido de aplicarse a parejas permanentes del mismo sexo basándose en los planteamientos de las

sentencias C-075 y C-521 de 2007. Siguiendo con su postura sobre el tema, el magistrado Jaime Araújo Rentería, insistiendo:

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término “o” consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales. (...) Así pues, de conformidad con mi más clara y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que acabar con toda clase de prejuicios y preconceptos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar. (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008)

Continuando con esa línea de exigencia de derechos de igualdad de tratamiento legal, en la Sentencia C-029 de 2009, se demanda la constitucionalidad de:

Los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los

artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007. (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009)

Especialmente en el uso de los términos cónyuge, compañero o compañera permanente, unión permanente. Normas que en su mayoría la Corte declara exequibles en tanto se entienda que se aplican a las parejas del mismo sexo. La Corte continua con su posición de que las omisiones legislativas se basan en un diferente trato constitucional a los dos tipos de parejas:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria. Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria. (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009)

Como de costumbre, resulta importante el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, quien destaca:

La interpretación restrictiva de la norma constitucional contenida en el artículo 42 Superior, está erróneamente interpretada, cuando se interpreta en el sentido de que la familia siempre está integrada o tiene a su base a un hombre y a una mujer. Esta vía de conformación de la familia sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra constitución, de donde la protección constitucional de todos los derechos concedidos a la familia, en materia de matrimonio, adopción, seguridad social, sucesiones, como todas las demás materias y ámbitos jurídicos debe concederse no solo a las familias conformadas por el matrimonio de hombres y mujeres sino también a las uniones maritales de hecho, bien del mismo o de distinto sexo. (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009)

Para el año 2011, la Corte Constitucional aplica nuevamente en demanda de constitucionalidad al análisis de los artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, especialmente de los fonemas “un hombre y una mujer”, por lo que mediante Sentencia C-577 de 2011, la Corporación admite la omisión legislativa para solucionar el déficit de protección en favor de las parejas del mismo sexo, pero no efectúa un pronunciamiento integrador ni declara inexequibles las normas, y solo exhorta al Congreso para que legisle sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y advierte que si al 20 de julio de 2013, no se hubiera reglamentado la situación, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante el juez o notario a formalizar contractualmente su vínculo. Y señala:

En lo referente a las interpretaciones del artículo 42 de la Constitución, formuladas por los demandantes, es suficiente recordar que la Corte ha replanteado la interpretación del citado precepto constitucional, lo que la ha conducido a reconocer la familia integrada por la pareja

homosexual estable y a sostener que constitucionalmente existe una exigencia de superar el comprobado régimen de protección mediante la introducción de una figura jurídica que permita a las parejas conformadas por homosexuales optar por una forma contractual solemne de constituir su unión, distinta de la unión de hecho que, aunque actualmente está a su disposición, no alcanza a superar el déficit advertido en esta sentencia.

(...) Como quiera que la expresión demandada será declarada exequible, por cuanto, a la luz de lo prescrito en el artículo 42 superior, la forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil es, por excelencia, una posibilidad legítima y válida, no resulta indispensable que en la parte resolutive se declare la ineptitud sustancial de la demanda en lo referente a los dos últimos cargos, pues basta limitar la declaración de exequibilidad a los cargos efectivamente analizados por la Corte (...) Tampoco procede la integración normativa con todas las disposiciones referentes al matrimonio, ya que, de un lado, esa clase de integración es excepcional y la hipótesis que la justifica es, precisamente, la inconstitucionalidad, pues se debe evitar que su declaración resulte inane porque subsistan en el ordenamiento otras disposiciones que mantengan contenidos ya juzgados como contrarios a la Constitución y, de otro lado, no cabe un pronunciamiento general, porque no se ha declarado la inconstitucionalidad y porque la Corte no puede proceder a realizar una igualación partiendo de máximos, como los involucrados en instituciones tales como el matrimonio o la que se prevea para los homosexuales que, se repite, comportan el establecimiento de regímenes que involucran muy diversas y abundantes materias que compete al legislador desarrollar. (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011)

La histórica decisión contiene una aclaración del voto del propio ponente magistrado Mendoza Martelo y un extenso salvamento de voto de los magistrados: María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, donde

incluso la magistrada Calle Correa considera que la decisión no soluciona el déficit de protección para las parejas del mismo sexo. De este salvamento vale destacar:

La sentencia C-577 de 2011 recuerda que en la sentencia C-814 de 2001 se afirmó que “[...] de la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.” Al igual que lo hicieron los Magistrados de la Corte de aquel entonces, los Magistrados que aclaramos hoy nuestro voto, acompañamos a la sentencia C-577 de 2011 al decidir no reiterar lo dicho en la sentencia C-814 de 2001. (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011)

Ahora bien, en el año 2012, la Corte Constitucional se pronunció mediante la Sentencia T-276 de 2012, en un caso, en el cual un ciudadano extranjero, habiendo cumplido todo el proceso de adopción, debido a su orientación homosexual, el ICBF impidió cumplir con la entrega de dos personas de difícil adopción; amparándose el derecho de los adoptantes en tanto no se escuchó su opinión. Pero es, en el año 2014, cuando se plantea directamente a la Corte el problema de la adopción por parte de las parejas del mismo sexo cuando se demanda la constitucionalidad del vocablo “moral” contenido en el art. 68 de la Ley 1098 de 2006, argumentando que dicho concepto constituye una barrera para la adopción de parejas del mismo sexo. Lastimosamente, la Corte mediante Sentencia C-710 de 2012, se inhibe de pronunciarse al considerar el argumento de la indebida demanda, así:

Estas referencias muestran que en el presente caso, la demanda no cumple con el requisito de certeza por una razón adicional, como lo señaló el Procurador: la pretensión de los demandantes, ésta es, que la Corte declare la inconstitucionalidad de la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, no se lograría con la inexequibilidad de la expresión “*moral*” del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, sino que requiere el examen de otras disposiciones e incluso apartes del mismo precepto que los accionantes debieron atacar y no lo hicieron. En este orden, la Sala observa

que los actores buscan un pronunciamiento de fondo sobre una discusión ajena al objeto de la demanda y estructuran sus cargos a partir de una interpretación subjetiva de la expresión acusada. En este orden de ideas, con esta argumentación se induce a la Corporación a resolver una controversia que en nada se relaciona con el objeto demandado, es decir, incurren en una conducta *judici decipiendi intentio*. (Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2012)

En ese mismo año 2014, esta vez, mediante sentencia de unificación en materia de tutela SU-617 de 2014, es cuando la Corte se pronuncia expresamente sobre la adopción de parejas del mismo sexo. El caso se concreta en que dos mujeres con unión permanente deciden que una de ellas procee mediante técnicas de inseminación heterológica dando lugar al nacimiento de un hijo, registrado como descendiente de su madre biológica únicamente, cuando solicitaron a la Defensoría de Familia la adopción por la otra compañera permanente se le negó argumentando no cumplir con dos años de convivencia. La Corte encuentra una vía de hecho violatoria del debido proceso y tutela. Surge importante destacar del pronunciamiento:

De esta manera, la falta de reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto y solidaridad que de hecho se establecen en ejercicio de la autonomía, entre menores de edad con una única filiación y los compañeros permanentes del mismo sexo de su padre o madre, se traducen en un déficit protección del niño y en una barrera para el goce efectivo de sus derechos. Por las razones expuestas, la Corte concluye que en la hipótesis planteada, en la que confluye la circunstancia de la filiación única, la conformación de una unión permanente del padre o la madre y un tercero del mismo sexo, la inserción de este en el núcleo familiar, y la conformación de un vínculo afectivo y de solidaridad entre este último y el menor, en el que aquél comparte la crianza, el cuidado y la manutención del niño, y en el que asume el compromiso de hacerlo de manera indefinida e incondicional, la denegación de la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja,

implica un déficit de protección del menor que amenaza gravemente sus derechos. (Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014)

Nuevamente, en temas tan álgidos resulta importante también destacar las opiniones disidentes, como el salvamento de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa donde considera violado también el derecho a la igualdad:

Si bien con esta decisión la Corte da un paso significativo en la protección de la autonomía, la honra y la dignidad de todas las formas de familia reconocidas en la Constitución, considero que, en esta sentencia, además de tutelar el derecho de la menor a tener una familia, debió ampararse el derecho de sus madres a la no discriminación. (Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014)

En la aclaración del voto de los magistrados: María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, sostienen:

Acompañamos la decisión adoptada por la Sala Plena por cuanto constituye un avance significativo en la protección de la familia, que además consolida la jurisprudencia constitucional en la materia, y en especial el precedente fijado en la sentencia C-577 de 2011, donde la Corte reconoció que la garantía conferida por el artículo 42 Superior comprende las múltiples formas de familia que existen en la sociedad. La presente sentencia mantiene esta orientación y además constituye un avance, al señalar y poner en práctica la inviolabilidad de la autonomía, la honra y la dignidad de toda familia, amparando en este caso el derecho de los menores que crecen en el seno de una familia conformada por una pareja del mismo sexo a continuar recibiendo su amor y cuidados, y a no ser separados de ella por motivos discriminatorios

El actual Código de la Infancia y la Adolescencia no excluye a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar. La jurisprudencia constitucional es ahora distinta, y ha experimentado un inocultable avance hacia la eliminación de toda forma de discriminación contra este tipo de parejas. Por tratarse entonces de una sentencia sobre una disposición preconstitucional hoy

derogada, anterior a la jurisprudencia sobreviniente sobre protección integral de la familia integrada por personas del mismo sexo, la sentencia C-814 de 2001 no contiene una regla decisoria para casos de esta naturaleza.... Continúa: No compartimos la consideración según la cual la familia heterosexual y monogámica tiene una protección especial por parte del Estado. Entendemos que se trata de un desafortunado obiter que, además de carecer de toda justificación constitucional, no refleja la consolidada jurisprudencia de esta Corte sobre la igual dignidad de todas las formas de familia, expresada de manera unánime en la sentencia C-577 de 2011. (Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014)

En la aclaración de voto de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria Sáchica Méndez, se sostiene:

La decisión de reconocer de manera general esos derechos a las parejas del mismo sexo no es labor del juez constitucional, y mucho menos, de las autoridades administrativas, porque el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por la voluntad popular y que permite una deliberación amplia y prolija sobre un asunto tan trascendental como el de los derechos de las parejas del mismo sexo, representación democrática que presenta un déficit en tratándose de esta Corporación, porque si bien sus miembros son elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que conforman el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, no puede compararse con la que tiene el Congreso de la República ni mucho menos con su función deliberativa.

(...) Finalmente, consideramos conveniente destacar la necesidad de que los Jueces Constitucionales entiendan los límites que deben observar en el ejercicio de su control judicial, en especial, cuando se trata del respeto de la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos derivado de los principios que encarna nuestra Democracia. En ese sentido, la Corte ha debido actuar en el marco de lo que ha sido denominado por la doctrina norteamericana como un *structural*

*Self-restrigent*⁴⁹ (autocontrol orgánico), despojándose de todo afán de protagonismo mediático y que, en su lugar, a través de sus decisiones, busque conservar la voluntad del legislador en lo que se ha denominado la “objeción democrática”, que tiene como fundamento la dignidad de ley y la necesidad de que el constitucionalismo en el mundo moderno, reafirme y dé seguridad a la autoridad que emana de la soberanía popular. (Corte Constitucional, Sentencia SU-617 de 2014)⁵⁰

Y, finalmente el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, también partidaria de declarar la vulneración del derecho a la igualdad:

Este caso en particular, requería un juicio o test de igualdad en el entendido que existía claramente una actuación administrativa que se basaba en una distinción particular (la orientación sexual de las solicitantes). Desafortunadamente, la sentencia omite el análisis de la violación del derecho a la igualdad de las familias conformadas por parejas homosexuales, pues si bien es cierto que en los casos de adopción el derecho de los niños y niñas a tener una familia es prevalente, no lo es menos que la diferencia de trato basada en la orientación sexual no es una justificación constitucionalmente admisible. (p. 80)

Para el año siguiente, esto es en el 2015, se demanda la constitucionalidad de artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, especialmente en sus expresiones “cónyuge, compañero permanente”, “hombre y mujer”, las cuales se considera contrarias a la adopción igualitaria, esto es, en favor de parejas homoparentales. La Corte en Sentencia C-071 de 2015, declara la exequibilidad de las normas en tanto se entienda que cobija a parejas del mismo sexo, y advierte:

En estos eventos la falta de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación conllevaría un déficit de protección del derecho de los integrantes del núcleo familiar a tener una familia y no ser

⁴⁹ Véase Posner (1983).

⁵⁰ Véase Waldron (1999, 2012).

separados de ella, así como de los demás integrantes del núcleo familiar. Como ya se explicó, el artículo 42 de la Constitución reconoce y protege a la familia conformada por la decisión responsable de hacerlo, una de cuyas modalidades es la que se integra entre personas del mismo sexo. En esa medida, cuando un menor ha crecido con el acompañamiento de su madre o padre biológico y se encuentra debidamente acreditada su adaptación en el entorno descrito, impedir la consolidación jurídica del vínculo filial conduciría a desconocer el derecho del menor a tener una familia y, sobre todo, a no ser separado de ella. Una interpretación en este sentido no sería más que un vano esfuerzo por tratar de negar una inocultable realidad, de la que el asunto resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-617 de 2014 es solo un ejemplo en un universo mucho más amplio.

(...) Por lo anterior, la Corte condicionará la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

Nuevamente no es pacífica la decisión destacándose el salvamento de voto del magistrado José Roberto Herrera Vergara en el sentido de considerar el tema del resorte del legislador:

La definición de quiénes son adoptantes es un asunto de la mayor importancia social y en ella está involucrada toda la sociedad y desde luego comprometidos los derechos fundamentales de los niños y el interés superior del menor, por lo que no cabe duda que es materia reservada al legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

En la aclaración del voto de los magistrados: María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, se afirma:

La Constitución –de acuerdo con esta decisión– les reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a no ser discriminadas por su sexo u orientación sexual en la definición del grupo habilitado para aspirar a una adopción consentida del hijo biológico de un miembro de la pareja. Pero no les niega ese mismo derecho en cuanto a las demás modalidades de adopción. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

En el salvamento de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, se estima que el pronunciamiento de la Corte debía ir más allá:

Mi discrepancia fundamental frente a esta determinación radica en que, a mi juicio, la postura mayoritaria de la Corte incuba un trato discriminatorio fundado en la orientación sexual de las parejas homosexuales, y desconoce la noción sociológica de familia adoptada en la sentencia C-577 de 2011. Dado el carácter neutral que, desde el punto de vista de la orientación sexual, presentan las normas objeto de revisión, a la Corte le correspondía reafirmar el genuino propósito de legislador de configurar una fórmula incluyente a la hora de determinar los sujetos que podían postularse para adoptar. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

Finalmente, el salvamento de voto del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, continúa con la tesis expuesta, indicando que un tema como el discutido debe ser dejado al manejo del legislador:

Debo reiterar la posición que adopté frente a la Sentencia SU-617 de 2014, en donde se estudió el caso de una solicitud de adopción de la hija biológica de la compañera permanente en una pareja del mismo sexo, en el sentido de que no es la Corte Constitucional, sino el Congreso de la República la entidad que debe decidir si se aprueba la adopción en este tipo de casos. (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015)

En ese mismo año de 2015, mediante Sentencia T-371 de 2015 la Corte decide en sede de tutela demandas relacionadas con los derechos de una persona que, encontrándose en convivencia

marital con una pareja del mismo sexo, residente en la isla de San Andrés, solicitó la adopción del hijo biológico de su compañera, pero la OCCRE mediante resolución le prohibió residir en la isla invocando cuestiones administrativas, encontrando violación del debido proceso y un acto discriminatorio. Al respecto la Corporación señaló:

La Sala concluye entonces que (i) al negar el derecho de residencia a la accionante, exigiéndole un requisito adicional, que en otros casos no requirió, y, (ii) al no estudiar de fondo el cumplimiento de los requisitos para acceder a lo pretendido, incurrió en una discriminación indirecta. Lo anterior por cuanto, aunque nunca indicó expresamente que por la orientación sexual de la accionante hubiera negado el derecho, es decir, aun cuando no hizo explícito el uso de un criterio sospechoso, su decisión tuvo efectos discriminatorios. (Corte Constitucional, Sentencia T-371 de 2015)

Continuando el mismo año 2015, nuevamente fueron demandados los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, especialmente en las expresiones “cónyuge o compañero permanente”, “hombre y mujer”, al considerarlos vulneratorios del derecho a la igualdad respecto a parejas homoparentales. La Corte en Sentencia C-683 de 2015 de 2015, declara exequibles las normas bajo la comprensión de aplicarse a parejas del mismo sexo. En uno de sus apartes se establece:

También es preciso aclarar que con ello la Corte no pretende autorizar de manera directa la adopción para estas parejas, ni mucho menos fijar un estándar o un parámetro en los procesos de adopción. Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida. (Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015)

En salvamento de voto, los magistrados Luís Ernesto Vargas Silva y Myriam Ávila Roldán, propugnan por la neutralidad de la fórmula utilizada por el legislador y señalan:

La constatación de este aspecto del debate parlamentario despoja de todo sustento el argumento según el cual la adopción por parte de las familias homoparentales debe ser un asunto definido en el ámbito de la deliberación democrática. Al legislador no se le puede censurar falta de regulación o ausencia de deliberación democrática en materia de adopción, el asunto fue definido en su seno y mediante dispositivos normativos de carácter neutro. Por tanto, lo que corresponde al Tribunal constitucional como garante de la supremacía e intérprete autorizado de la Carta Política, es reafirmar la hermenéutica constitucionalmente válida de esa normatividad, específicamente en lo que concierne a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, tomando en consideración la neutralidad de la ley y la decisión mayoritaria del órgano de representación democrática de acoger una regulación incluyente. Así las cosas, la decisión del Congreso se encontró desde el principio en la dirección correcta y, en consecuencia, debe entenderse que la sentencia se limitó a ratificarlo, y a excluir cualquier interpretación que vaya en contra del genuino propósito del legislador y, particularmente, de los imperativos de no discriminación y prevalencia del interés superior del menor, previstos en la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015)

En el mismo mes y año, esto es, noviembre de 2015, en revisión de acción de tutela, mediante sentencia de unificación número SU-696 de 2015 se protege los derechos invocados por una pareja homosexual que solicitó ante diferentes notarias el registro de dos hijos concebidos mediante técnicas de fertilización in vitro y vientre subrogado, nacidos en Estados Unidos, pero que también reclamaban la nacionalidad colombiana. En algunos apartes así razona la Corte:

75. En el presente caso, la Sala observa que los argumentos utilizados por los notarios para justificar sus actuaciones se basan en una interpretación tradicional y heterosexual de la familia que, aunque se encuentra plenamente protegida por la Constitución, no es la única unión familiar amparada por la Carta. Particularmente, dichas autoridades insisten en un vacío nominal en el formato de registro

pues las casillas destinadas a registrar el nombre de los progenitores o adoptantes de un menor de edad solo permiten identificar a un hombre y a una mujer.

(...)79. En la parte motiva de esta sentencia se explicó con amplitud la manera como la Corte Constitucional ha reconocido, en jurisprudencia reciente y con plena vigencia, que el artículo 42 de la Carta Política incluye el reconocimiento y protección a varias formas de familia y que las mismas sufren de un déficit de protección constitucional que debe ser remediado, en primera instancia por el Legislador, y de manera subsidiaria por el juez constitucional. El presente caso, es una oportunidad para reflexionar acerca de la persistencia de dicha deficiencia de protección constitucional pero ya no desde la óptica de los adultos que la conforman sino de los niños que hacen parte de las mismas. Las actuaciones de los notarios explican la necesidad de tomar un remedio estructural frente a la falta de voluntad de quienes ejercen una función pública para proteger los derechos de los niños a tener una familia diversa y a no ser separado de ellas. (Corte Constitucional, Sentencia SU-696 de 2015)

En el año 2016, nuevamente mediante revisión de acción de tutela efectuada en Sentencia T-196 de 2016, la Corte vuelve a amparar los derechos invocados por una pareja del mismo sexo que también acudieron a procedimientos de reproducción asistida habiendo concebido a una niña a quien le fue negado su registro con el nombre de las dos madres continuando con la línea de la decisión anterior, así se manifiesta:

En ese orden de ideas, si la Corte ha reconocido que las parejas constituidas por parejas del mismo sexo son familia y que, además, pueden ser padres y madres y que los menores fruto de esa relación merecen la misma protección de aquellos nacidos en hogares heterosexuales, es apenas lógico y razonable que esta misma Corporación haya obligado a la Registraduría Nacional del Estado Civil a adoptar todas las medidas administrativas tendientes a garantizar que el nombre y apellido de

madres o padres homosexuales, queden consignados en el registro civil de nacimiento del menor. (Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2016)

Así también, mediante la función de revisión de acción de tutela con sentencia de unificación SU-214 de 2016, la Corte ampara los derechos invocados por varias parejas homoparentales ordenando a diferentes notarias y juzgados del país que obstaculizaron de una u otra manera la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. En uno de sus apartes sostiene la Corte:

En conclusión, es posible afirmar que el reconocimiento de los derechos a parejas del mismo sexo ha sido progresivo en el marco de la jurisprudencia constitucional, el cual se ha debido, principalmente, a la situación de ausencia de protección patrimonial de estas relaciones. Este reconocimiento de derechos tomó un verdadero avance a partir del año 2007 en el que se estableció que la unión marital de hecho es también extensiva a las parejas homosexuales. Una vez se dio el reconocimiento de estas parejas dentro de una figura típica civil como lo es la unión marital de hecho, a este tipo de parejas se les reconoció otra clase de derechos como el acceso al sistema de seguridad social en salud y pensiones, el régimen de alimentos, y todos aquellos estudiados en la sentencia C-029 de 2009. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016)

Por tratarse de un asunto álgido es importante destacar el salvamento de voto del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub donde afirma:

La Corte Constitucional ha traicionado al constituyente en esta sentencia que vulnera claramente el artículo 42 de la carta fundamental y el principio democrático. La Corte Constitucional se ha convertido en un nuevo legislador ante la mirada impotente de millones de ciudadanos que diariamente se preguntan qué derecho tienen solo 9 personas para cambiar el futuro de millones de ciudadanos. Poco dista este modelo judicial autoritario del despotismo ilustrado del siglo XVIII, en el cual el absolutismo era disfrazado por los monarcas mediante la manipulación de las ideas de la

ilustración. El desconocimiento de la voluntad de las mayorías, presumiendo que éstas quieren vulnerar los derechos de las minorías, no es más que la consagración moderna del "Todo para el pueblo, pero sin el pueblo" que se utilizó para frenar el avance de la democracia en Europa, y que hoy se disfraza de complejas teorías neo constitucionalistas. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016)

En similar sentido el salvamento del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo aseverando:

Es tan contundente la definición constitucional del matrimonio establecida en el artículo 42 de la Carta que ninguna interpretación evolutiva puede surtir el efecto de extender su campo de aplicación a otras realidades que pueden asemejarse por algunos aspectos. Sin embargo, la mayoría decidió optar por el azaroso camino que, esquivando el texto superior, conduce a apartar lo inequívoco para hacerle lugar así a ideologías o a tendencias en boga, revistiéndolas de un carácter constitucional del que carecen. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016)

De otra parte, se cuenta con la aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo afirmando:

La medida adoptada por la Corte en esta Sentencia responde a una necesidad de cubrir un déficit de protección evidente, que el legislador, aun siendo el llamado a legislar en la materia por medio de un debate plural, democrático y deliberativo, no logró satisfacerlo. Con todo lo anterior, considero que la decisión que se toma en la presente Sentencia no implica en modo alguno que se están menoscabando las facultades del legislador, pues en los términos del artículo 42 de la Constitución éste continúa con su potestad para regular "las formas de matrimonio", así como la normatividad relativa al estado civil, que, por ser normas de orden público, deben ser expedidas por el legislador. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016)

Y finalmente, la aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado donde asegura:

Ahora bien, dicho lo anterior quisiera aclarar mi voto en un sentido puntual que no es otro que el de advertir que la Sala Plena, a pesar del incuestionable logro que se consolidó con esta providencia, dejó pasar una oportunidad importante para reflexionar acerca de las condiciones que permiten identificar lo que he llamado un *bloqueo legislativo deliberado*, así como precisar las formas en las que el juez constitucional puede remediarlo. A continuación, y a modo de propuesta para futuros debates constitucionales de este calado, quisiera presentar algunas reflexiones sobre el origen doctrinario de este concepto y los elementos que lo componen. Finalmente, como conclusión, expondré el valor que tiene este instrumento para la buena práctica judicial.

Un *bloqueo legislativo deliberado* ocurre cuando el órgano legislador se rehúsa de manera sistemática, consciente y reiterada a corregir una desigualdad material a través de la provisión de normas legales. Un buen precedente es el caso *Minister of Home Affairs v Fourie*⁵¹ que extendió la definición del derecho común de matrimonio a las uniones entre parejas del mismo sexo en Sudáfrica. En la misma, la Corte Constitucional de dicho país consideró que existía un riesgo objetivo en el proceso legislativo pues el Congreso podía aplicar una regla “*igualdad de cementerio*” y simplemente excluir a todas las uniones, heterosexuales y homosexuales, de la institución del matrimonio civil. Por esa razón, la intervención del juez constitucional era necesaria para garantizar una “*igualdad del viñedo*” que ampliara el matrimonio como la única interpretación acorde con los principios democráticos de pluralidad e igualdad.

Por otra parte, los Estudios Críticos del Derecho ofrecen también una buena base doctrinal para entender que este tipo de bloqueos son muy nocivos para las democracias constitucionales.

⁵¹ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others*, [2005] ZACC 19.

Así, por ejemplo, Duncan Kennedy⁵² señala que la política juega un rol intrínseco en la función judicial por la referencia que tiene el juez de otras Ramas del Poder Público es parte sustancial de su trabajo. En otras palabras, los magistrados de la Corte tenemos la responsabilidad de observar los comportamientos conscientes de otros órganos políticos para determinar si éstos actúan de acuerdo con principios constitucionales generales. Lo anterior no implica, claro está, que la valoración se haga a partir de actuaciones personales de los funcionarios que componen otra institución de poder ya que esto contradice flagrantemente nuestra responsabilidad de imparcialidad. Ante esto, surge una pregunta interesante: *¿qué debe hacer el juez ante la inacción u omisión consciente del Congreso para atender una situación abiertamente injusta?* En este caso en particular, este mismo Tribunal, atendiendo la deferencia que todo sistema republicano debe tener hacia el constituyente derivado, exhortó al Legislador para que enmendara el déficit de protección constitucional que sufrían las parejas del mismo sexo en Colombia. Sin embargo, la ausencia de una actuación normativa contundente llevó a que el juez constitucional, como en otras oportunidades, fuera el responsable de reparar una inequidad institucionalizada que impedía consolidar el mandato de familia diversa contenido en el artículo 42 Superior.

Mi respuesta a esta pregunta, aunque sencilla, se fundamenta en mi profunda convicción acerca de la importancia del activismo judicial para superar desigualdades estructurales e históricas. Preciso, además, que por activismo no defiende el uso ideologizado que se le ha dado la palabra. Por el contrario, con esta idea quiero reivindicar una clásica hipótesis kelseniana acerca del aspecto dinámico de la ley como regulador de la condición humana y la justicia como la búsqueda de la libertad, la democracia y la tolerancia⁵³. Por eso, ante una situación de eminente daño, considero que los jueces constitucionales no pueden quedarse impávidos ante la inmovilidad legislativa. En efecto, es nuestro deber moral y ético actuar ante la indiferencia y no es posible concebir un Estado

⁵² Kennedy, D. (2008). *Freedom and Constraint*. In *Legal Reasoning: Collected Essays*. The Davis Group. Aurora

⁵³ Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la Justicia?* Ariel.

Social de Derecho sin un Tribunal Constitucional consciente y reactivo ante este tipo de situaciones. Ahora bien, como en su momento lo propuse ante la Sala Plena, y como una convencida también del rol de la prudencia en la adjudicación de derechos, considero que en esta sentencia se debieron dar unos primeros esbozos de lo que podría ser un *juicio de bloqueo legislativo deliberado* que le permita a la Corte identificar con precisión escenarios de intervención sin desconocer el principio de separación de poderes y con eficacia del principio de colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público. Así, a modo de propuesta, considero que el Tribunal, con el fin de evaluar la existencia de este fenómeno debe acudir, a por lo menos, los siguientes tres pasos: (i) un *paso fáctico* que tiene como objeto determinar si en el Legislativo se han presentado iniciativas de manera regular para superar un déficit constitucional y que las mismas no han sido tramitadas con prontitud o han sido paralizadas de manera sistemática por las mayorías; (ii) un *paso material* que identifique las razones que han justificado la inacción del Congreso. En otras palabras, examinar los argumentos presentados por los Legisladores y determinar si los mismos son razonables y proporcionales o solo constituyen un obstáculo que perpetúa una situación de abierta desigualdad o inequidad; y por último (iii) un *paso de inminencia en el daño* cuyo propósito es el de determinar si la intervención del juez constitucional se justifica en razón a que la carencia de una solución normativa lleva a que se perpetúe una situación manifiestamente contraria a la Constitución.

Con lo anterior, quiero dejar algunas líneas argumentativas muy generales sobre un juicio que considero debió realizar la mayoría de la Sala Plena en esta oportunidad. El valor de la innovación jurisprudencial que propongo, que se apoya en derecho comparado, radica en la virtud que tiene de aclarar el margen de intervención del juez constitucional en escenarios de enorme desigualdad. Asimismo, intenta ser un instrumento que pone de presente las tensiones que produce la imposición de la mayoría en un país plural como Colombia. En ese sentido, el *bloqueo legislativo deliberado* no es otra cosa que una expresión de resistencia hacia la idea de un país más justo. Ante esto, los jueces no podemos permanecer impávidos y es nuestra responsabilidad actuar de manera

decidida y categórica. En esta oportunidad, la Corte Constitucional decidió optar por el camino correcto y hacer propia aquella premisa defendida hace muchos años por el magistrado Ciro Angarita Barón, y que comparto en su totalidad, alrededor de la idea de que la familia está donde están los afectos. De manera desafortunada el Legislador omitió asumir su responsabilidad histórica y mi aclaración de voto solo apunta a exponer dicha realidad. Espero de manera sincera que el juicio que ahora propongo sirva para que en el futuro se pueda actuar de manera más pronta y así defender los derechos de quienes, en este caso por su orientación sexual o identidad de género, fueron discriminados. El peso de la historia está de nuestro lado, pero eso no quiere decir que no debamos mantenernos vigilantes ante la renuencia política para salvaguardar a los ciudadanos de los grandes déficits constitucionales que puedan padecer. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016)

Para culminar, la última decisión relacionada, que constituye la sentencia arquimédica, también en sede de revisión de acciones de tutela, es la T-105 de 2020, en la cual, la Corte ampara los derechos invocados por una pareja homoparental quienes acudiendo a mecanismos de inseminación artificial decidieron concebir a una hija, la cual posteriormente tuvo dificultades en su registro, decidiendo entonces acudir a la adopción, siendo negado el derecho a adoptar. En uno de sus apartes así se pronunció la Corte:

En suma, para la Corte la actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado social de derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que al interior de las parejas del mismo sexo se asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección, esto es, contar con los mismos derechos y los deberes a las familias conformadas por parejas heterosexuales. Además, el principio de interés superior del menor de edad se refleja, entre otros, en el derecho a tener una familia y no ser separado de ella,

por constituir la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Corte Constitucional, Sentencia T-105 de 2020)

Una vez analizadas en la línea jurisprudencial aquellas sentencias que guardaron relación con el tema objeto de debate en este punto del Capítulo IV de la investigación, es necesario, reflexionar y afirmar que, en décadas pasadas la Corte Constitucional no abordó el tema ni siquiera de manera indirecta, lo cual no significa que el fenómeno del homosexualismo y el reclamo de derechos por parte de esta comunidad no haya existido o sea reciente, ni que haya surgido de manera espontánea después de la promulgación de la Constitución de 1991. Al contrario, a través de la historia siempre ha estado presente el fenómeno del homosexualismo y las luchas por las reivindicaciones sociales. Sin embargo, al tema del homosexualismo y de su protesta con respecto y en específico a la adopción homoparental no se arriba de manera directa, a pesar de la temprana sentencia de Tutela T-290 de 1995, donde se plantea el problema de la adopción por una pareja homosexual; sino, que se llega a través de otros temas paralelos y estrechamente relacionados, como, el régimen patrimonial de los matrimonios y uniones temporales, el régimen de protección social o el matrimonio igualitario.

De esta manera, la Corte Constitucional, a pesar de esbozar la teoría de deficiencia de protección y de omisión legislativa, desde los primeros pronunciamientos incluyendo la Sentencia C-814 de 2001, conforme al inciso primero del art. 42 de la C.P., interpretaba que el matrimonio solo era conformado por un hombre y una mujer. De allí las dificultades para reconocer la adopción homoparental. Posición que, por ejemplo, para el tema paralelo del matrimonio homosexual, aún no se abandona totalmente, pues incluso se invoca en el salvamento de voto del magistrado Mendoza Martelo y en la aclaración de voto del magistrado Linares Cantillo que elevan con respecto a la Sentencia SU-214 de 2016.

Ello nos demuestra que, si bien hubo avances en la concepción de la familia y la posibilidad de adoptar por las parejas del mismo sexo, aún existe cierto temor de la Corporación Constitucional de enfrentar a sectores conservadores de la sociedad, por lo que algunos magistrados prefieren soluciones donde sea el Congreso o el constituyente primario quien decida (salvamento de voto del magistrado Pretelt Chaljub a la Sentencia SU-214 de 2016). Es por consiguiente, que la Corte, al percatarse de la deficiencia de protección, procede a exhortar al legislativo para que legisle sobre el tema, sin embargo, los representantes siguen omitiendo el deber, y a pesar de ello, la Corte no emite un fallo integrador, sino que simplemente declara exequibles las normas demandadas, con el entendido que se aplicaran a los casos de las uniones homosexuales.

A lo expuesto, se auna que, las decisiones que tratan el tema de la adopción homoparental han sido escasas, el primer pronunciamiento fue con ocasión de la tutela T-523 de 1992, donde una persona homosexual solicita la adopción de una niña a quien cuida desde su nacimiento, pero se le deniega por no encontrar la aptitud necesaria para garantizar los derechos de la niña. La siguiente fue la Sentencia C-562 de 1995, donde la Corte deniega la solicitud. Lo mismo pasa con la Sentencia C-814 de 2001, donde más que la decisión, se constituye un verdadero pronunciamiento de avanzada el salvamento de voto del magistrado Araújo Rentería, el cual con el paso de los años fue adquiriendo mayor importancia hasta convertirse en la opción ideológica mayoritaria para estos temas.

De otra parte, se observa que las sentencias de constitucionalidad sobre normas que imponen criterios sospechosos de discriminación, como “hombre y mujer”, “compañero y compañera” han sido timoratas, pues admiten la falencia de protección, y ante el incumplimiento del deber legislativo de solucionar la brecha discriminatoria, han decidido declarar exequibles las normas demandadas, acudiendo a la fórmula de interpretar las expresiones bajo el entendido que

se aplicarán a las parejas del mismo sexo. Y, ese fue el sentido de la Sentencia C-071 de 2015, que abrió el camino a la adopción homoparental, aunque desde antes, esto es, desde la sentencia C-075 de 2007, pudo acudir a fallos integradores, la Corte Constitucional no lo hizo, optando por abordar el tema en las decisiones de tutela o unificación, al tratarse de casos concretos, donde se visibiliza la discriminación puntual, siendo más valiente y generosa al amparar los derechos de los tutelantes, pero sin tener efectos *erga omnes*.

4.4. Tensión entre el pueblo y la función constitucional de interpretar la Constitución

Cuando los ciudadanos o sus representantes no están de acuerdo sobre qué derechos tenemos o lo que implican esos derechos, parece un insulto decir que esto no es algo que ellos pueden resolver a través de un proceso mayoritario, sino que, para su resolución final, el problema debe asignarse a un pequeño grupo de jueces. Este texto de Jeremy Waldron citado por Roberto Gargarella en su libro: *El derecho como una conversación entre iguales*, refleja el debate que se ha querido abordar en este trabajo de investigación. ¿Cuál es el debate que se propone? Para dar respuesta a este interrogante, es necesario hacer alusión al primer capítulo de este trabajo, en cuya introducción se precisa la tensión que se presenta entre el pueblo soberano que adopta una Constitución, que impone un orden de las cosas que implica el aceptar el poder concedido a un grupo mínimo de personas sin representación democrática, para que decidan a nombre de todos los asuntos más importantes de la vida en sociedad, dotando de valor y significancia a la Carta, pero generando desplazamiento de los ciudadanos y de su capacidad para decidir aquello que los afecta (Waldron, 2005 como se citó en Jiménez, 2021).

De esta manera, la interpretación de la Constitución es adjudicada a un grupo selecto de jueces, una élite educada, que conforma un monopolio en torno al poder extraordinario que le es conferido y que los coloca por encima del pueblo (Jiménez, 2021). En este sentido, la

interpretación de la Carta de Derechos, corresponde a un asunto de pocos, donde el Tribunal Constitucional tiene la última palabra de la interpretación. En síntesis, la rama de poder con credenciales democráticas más débiles, decide las controversias públicas más importantes, e impone su decisión sobre la voluntad de las mayorías, sin que los ciudadanos sean escuchados en la resolución de los asuntos que los afectan.

Esta tensión entre el pueblo y los jueces, ha tratado de ser resuelta desde varios puntos de vista, que intentan en algunas ocasiones justificar dicha supremacía constitucional, y en otras, por el contrario, pretenden a partir de argumentos, arrebatarle de las manos el control judicial de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, y devolverle el papel protagónico al pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales más relevantes relacionados con la organización de la vida en común. En este caso, lo pretendido, como se ha dado a conocer en el desarrollo de los cuatro capítulos que conforman este trabajo, es circunscribir la reflexión en torno, a la recuperación por parte del pueblo del lugar central o más central en la vida constitucional de la comunidad, y para ello, se logró exponer las tesis principales de una de las teorías constitucionales que más fuerza ha cobrado en los últimos años, pero que ha sido poco explorada en el entorno latinoamericano, y menos aún en Colombia, como es, el constitucionalismo popular, y teniendo como partida este repensar de la supremacía judicial, proponer una posible solución, para lo cual se partirá de las ideas y conclusiones obtenidas con el fin de mostrar los principales lineamientos de un modelo dialógico basado en el constitucionalismo popular democrático y adecuarlo al contexto colombiano.

4.4.1. Aproximación a una propuesta de constitucionalismo popular democrático como un modelo dialógico

Para iniciar con esta propuesta, es necesario referirse someramente a la tensión que se presenta entre el constitucionalismo y la democracia. Autores como Waldron (2018), conciben al constitucionalismo como el control, la limitación y restricción del poder del Estado. De acuerdo con C.H. McIlwain, “el constitucionalismo presenta una característica esencial: es una limitación legal impuesta al gobierno” (McIlwain, 1940, p. 24). De esta manera, el poder del Estado debe ser restringido, limitado o controlado para que no se salga de su cauce (Waldron, 2018). La idea es que la concentración de poder conduce a abuso, y, por tanto, el gobierno debe ser controlado por el pueblo. Más allá de cualquier significado que se le otorgue a la palabra control, lo importante, es que el constitucionalismo, pretende la regularización de las reglas contenidas en una Constitución respecto a las acciones y prácticas a las que esas reglas incumben. Así el constitucionalismo asociado a una tradición de derechos humanos tiene una connotación de gobierno limitado. Sin embargo, para autores como Roberto Gargarella, el constitucionalismo, muestra rasgos preocupantes, porque permite fortalecer las libertades de unos a expensas de las libertades del resto, en desmedro de las libertades personales y colectivas (Gargarella, 2021). De esta manera, el constitucionalismo se muestra alejado de regresarle el protagonismo a la población, por el contrario, busca limitar, aquello que Thomas Jefferson llamó las capacidades ciudadanas de decisión y control sobre las autoridades.

De esa manera, y tal como lo afirma Gargarella, se generó la desconfianza hacia las virtudes políticas de la ciudadanía, o la disconformidad con la democracia (Unger, 1996), la cual se advierte en el supuesto, de que tan solo unos pocos se encuentran capacitados para decir qué es el derecho que debe procurarse en interés del pueblo, así los representantes mejor que el pueblo, y los jueces

técnicos, en lugar de cualquier ciudadano. Este tipo de supuestos elitistas permaneció en el tiempo, y se tradujo en la creación de una serie de nuevas instituciones que permitieron que los mecanismos de gobierno diseñados para restringir el poder se concentraran en un modelo constitucional, que ve la imposición de restricciones específicas a la administración como una de las funciones primarias —si no la función primordial— de la Constitución, en contravía a modelos como el legislativo, que utiliza la legislación primaria para imponer límites al gobierno, ejemplo de ello, Nueva Zelanda con la Ley de Declaración de Derechos, o Reino Unido con la Ley de Derechos Humanos. Incluso con respecto a modelos como el citado por Waldron, asociado a democracias tipo Westminster que se basa en un sentido de restricción que proviene de la tradición del *common law*; y de un modelo que Jeremy Waldron calificó como de los derechos humanos, de acuerdo con el cual, el mecanismo principal para expresar un sentido de restricción específica a las acciones del Estado, son los derechos humanos, contenidos en diversos convenios multilaterales (Waldron, 2018).

Este esquema constitucional impuesto con una Constitución producto de la autodeterminación nacional, en la cual se restringe el poder del gobierno mediante la creación de instituciones en torno a parámetros elitistas que dejan a un lado a la ciudadanía en las decisiones que los afectan, autoriza a los demócratas a objetar esta situación, y reclamar porqué unos pocos deciden por todos los demás. La estructura comentada choca con los elementos determinantes de una democracia, cuya promesa es la de que cualquier persona sea considerada parte del todo, de la sociedad civil o la comunidad política, y que su voz sea escuchada, bien pudiendo elegir o ser elegido, criticando, deliberando, protestando e impugnando decisiones que lo afectan o que pueden afectar su manera de vivir (Dworkin, 2003).

En esta forma se presenta, lo que Gargarella (2021) denomina “disonancia entre estructura constitucional y pretensiones democráticas” (p. 61), pues las Constituciones mantienen las instituciones centrales del constitucionalismo, mientras la sociedad cambia, momento en el cual se origina la discrepancia, entre lo que las instituciones autorizan hacer, y lo que los ciudadanos requieren o demandan de ellas (Gargarella, 2021). Así, se presenta una riña entre lo pretendido democráticamente y lo que dice la Constitución, esquema propio de los países latinoamericanos, y en especial de Colombia, cuya organización constitucional servirá para el propósito de esta sección del trabajo, la cual es proponer un modelo dialógico del constitucionalismo popular democrático con fundamento en la época y situación actual.

En Colombia, el constitucionalismo se ha desarrollado en forma impetuosa a partir del texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que recoge toda una serie de tesis y teorías importadas en pro de su aplicación a la realidad colombiana, es por ello, que como en antaño, se recurre a una Constitución escrita, tal vez, tomada como opuesta a la consuetudinaria. A menudo se dice, que la principal ventaja de poner por escrito la Constitución es que ello funda su autoridad como derecho superior, lo cual permite que sea ejecutada por el poder judicial (Waldron, 2018). Así lo afirmaba el juez Marshall (1803) en *Marbury v. Madison*:

Todos los que han redactado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y en consecuencia la teoría de cualquier gobierno de este tipo será que todo acto de la legislatura incompatible con la constitución es inválido. Esta teoría está vinculada en esencia a una constitución escrita. (p. 177)

Sin embargo, según señala Waldron (2018), el carácter escrito de una Constitución es compatible con que esta funcione como la legislación ordinaria. La ventaja de una Constitución escrita, es que el texto permite que un gran número de personas puedan reflexionar sobre un

conjunto de reglas, que permiten ser evaluadas y debatidas para alcanzar acuerdos constitucionales. Con esta afirmación no se quiere decir que en estructuras donde las regulaciones no son escritas, y están conformadas por costumbres, convenciones o acuerdos, como la Constitución de Reino Unido, no se pueda lograr una discusión y convenios sobre lo que quieren decir, simplemente que ello es más difícil, porque puede suscitar malentendidos y deliberación inútil sino está centrada en un punto que sirva como referencia, un texto escrito sobre el cual puedan separarse las cuestiones. Ahora bien, a pesar de que, el texto escrito de una Constitución pueda generar un obstáculo al momento de ser interpretado, ya que puede dar lugar a distracciones centradas en el debate de eslogan, que alejan del tema principal, lo cierto es que, el valor del texto escrito radica en que la discusión aparece centrada y con unos límites que devienen a bien; en Constituciones como las expedidas en países latinos, cuya tradición, desconfianza hacia las instituciones, la ignorancia constitucional de los ciudadanos y la incertidumbre democrática, impiden que se piense en otra forma de texto constitucional que no sea el escrito, es por ello que, atendiendo a la realidad histórica del país, se continuará con la evaluación planteada como marco, teniendo como primer elemento del modelo a proponer la necesidad de una Constitución escrita.

Ahora bien, el texto de la Constitución colombiana contiene gran cantidad de principios y reglas aplicables a diferentes conflictos jurídicos, siendo la pretensión conforme a la garantía de la separación de poderes, que sean los jueces quienes deben aplicar ese material regulatorio. Esta situación contrastaba con el carácter dogmático de la Constitución de 1886 donde el texto constitucional solo podía ser aplicado por organismos vértices del Estado. Dentro de este contexto tradicional de Estado de derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las normas enunciada en leyes y códigos, mientras la Constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior, por lo que los niveles de

constitucionalización aún eran muy vagos. Pero, la Constitución Política de 1991, varió los conceptos de constitucionalismo e instauró de manera inequívoca la idea de supremacía constitucional⁵⁴ y la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, los contenidos constitucionales se convirtieron en principios y reglas aplicables directamente a todo tipo de conflicto jurídico por resolver.

En torno a la supremacía constitucional, se debe advertir que, formulada como un principio se encuentra en la base del control de constitucionalidad, y permite establecer a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico, que determina las reglas, principios y valores que orientan el resto de ese ordenamiento. De igual manera, la supremacía de la Constitución implica, la primacía del derecho constitucional, en palabras del Juez Hesse, quien señalaba:

Al Derecho Constitucional corresponde la primacía respecto de todo el derecho interno. Esta primacía es presupuesto de la función constitucional como orden jurídico fundamental de la comunidad. De ahí que el derecho constitucional no pueda ser derogado ni reformado por leyes ordinarias; ninguna disposición del ordenamiento jurídico o acta estatal alguno pueda contradecirlo; todos los poderes públicos, incluso el legislativo, se hallan vinculados por la Constitución. (Hesse, 2001, p. 6)

En consecuencia, este principio de la supremacía constitucional no solo permitió asumir a la Constitución como norma jurídica, sino también como la norma que señala la manera de producir las demás reglas de derecho, haciendo un tránsito que va de la legalización del derecho a la constitucionalización del derecho.

⁵⁴ La Corte Constitucional Colombiana expresó que la Constitución de 1991 tenía un poder vinculante, es decir, que esta era directamente aplicable, principalmente en los casos de protección de derechos fundamentales, lo dijo en Sentencias: T-406 de 1992, C-479 de 1992, C-543 de 1992, T-006 de 1992, T-567 de 1992.

En esta dinámica, la Constitución Política de 1991 vertida en un texto escrito, no solo consagró en el artículo 113 el sistema de separación de poderes —como una forma de diluir el poder y dificultar su ejercicio—, sino que también definió la estructura de cada rama del poder, señalando una serie de reglas que regulan las acciones y las prácticas a las que esas reglas incumben, imponiendo limitaciones, restricciones y control a los órganos del Estado para que no salgan del cauce. De esta manera, el constitucionalismo empezó a ser parte de lo que Judith Shklar llama “el liberalismo del miedo” (Shklar, 1998). La idea es que la concentración de poder conduce a su abuso, y por ello, se consideran importantes los elementos de la estructura constitucional encargados de dispersar, controlar y hacer más lento el poder. Es decir, el constitucionalismo crea un “gobierno limitado”, regulado por la Carta, pero sobre todo un gobierno al que se le prohíben la realización de ciertas acciones a fin de evitar ciertos abusos. Dichas prohibiciones, suelen tomar el nombre de derechos.

En consecuencia, frente a la constitucionalización, se puede decir que: las constituciones son gigantescos órdenes restrictivos motivados por la pasión de la evitación (Sajó, 1999). Mientras para otros, la limitación al gobierno es solo uno de sus múltiples principios asociados (Sunstein, 1987). En cambio, para McIlwain (1940), el constitucionalismo presenta una característica esencial: es una limitación legal impuesta al gobierno. En el caso de Colombia se da una constitucionalización del derecho en la que prima la supremacía constitucional y la limitación del gobierno, dos elementos claves para el modelo que se intenta proponer, adecuado a la realidad de este país.

La Constitución Política, imponiendo un gobierno limitado, señaló en el artículo 116, los órganos que conformarían las ramas del poder, entre ellos, la Corte Constitucional como tribunal único con jurisdicción en todo el territorio nacional y cuya estructura fue dispuesta en los artículos

239 a 245, normas entre las cuales sobresale el artículo 241, que dice: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (C.P. de 1991, art. 241). De esta manera, se implantó un Tribunal Constitucional (similar al modelo europeo) como único, y que tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, subsistiendo la competencia de los demás órganos jurisdiccionales para “apreciar” la inconstitucionalidad y por ello “inaplicar” en cualquier proceso judicial la ley que pudiera ser contraria a la Constitución, con lo cual, a partir de 1991 persiste un modelo mixto de control concentrado y difuso. La existencia de esta Super Corte y la amplitud de sus competencias en el control de constitucionalidad han originado un cambio sustancial, prevaleciendo en el modelo descrito, el control concentrado sobre el difuso.

A estas competencias exclusivas de la Corte Constitucional ha de añadirse otra, no distinguible por razón de la materia, sino del grado de actuación en ella: solo el Tribunal Constitucional ejerce la suprema interpretación constitucional, lo que significa ser el supremo intérprete de la Constitución y el supremo interprete de constitucionalidad de la ley. Esto es, la supremacía no se limita solo respecto a los derechos fundamentales, sino que se extiende a un plano más general: el de la totalidad de las prescripciones constitucionales mediante su tarea de aplicación —interpretación de la Constitución y de la aplicación— interpretación de las leyes. No se debe olvidar que, el carácter principialista y la vocación omnicompreensiva de la Constitución colombiana impregnan la totalidad del ordenamiento jurídico, por lo cual, debe ser aplicada por todas las autoridades, y de manera específica por los órganos judiciales, ya sea directamente o indirectamente a través de la interpretación. En Alemania con el “*die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*” como en Estados Unidos con el “*in harmony with Constitution*” se acepta la obligación de los órganos judiciales de interpretar las leyes conforme a la Constitución.

En esa interpretación “conforme” los jueces y tribunales han de atenerse a la doctrina de la Corte Constitucional, como supremo intérprete y guardián de la integridad y supremacía de la Constitución.

Recapitulando, la Corte Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales cuando aplican los preceptos constitucionales, como cuando interpretan las normas de conformidad con ella. Pero, además todas las decisiones que adopta vinculan a todos los poderes públicos, incluido el poder judicial (art. 243). Y también es el supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley, de manera que sus preceptos interpretativos salvan la inconstitucionalidad de normas impugnadas otorgándoles una interpretación conforme a la Constitución, lo cual igualmente vincula a todos los jueces y tribunales que, al aplicar esas normas, no pueden apartarse de la interpretación constitucional que la Corte les hubiera otorgado.

De esta manera, se encuentra en el escenario, como protagonistas: una Constitución escrita que impone limitaciones al gobierno y un Tribunal Constitucional super poderoso, titular supremo de un control de constitucionalidad predominantemente concentrado, cuya supremacía jurisdiccional no se limita a la materia de los derechos fundamentales, sino que se extiende a los preceptos constitucionales. El resultado patente es un ordenamiento jurídico sometido no solo a la Carta de Derechos sino a la interpretación vinculante que de sus designios realice la Corte Constitucional.

Sin embargo, debe mencionarse que, en el caso de la Corte Constitucional colombiana, desde su creación, ha desarrollado una vasta tarea en buena forma durante los varios años que lleva de funcionamiento, que le ha permitido generar un alto grado de aceptación entre la sociedad por medio del desarrollo de una extensa doctrina constitucional jurisprudencial, que ha permitido la

construcción de bases sobre las cuales se ha edificado el constitucionalismo en el país, y que ha facilitado la protección de derechos fundamentales, derechos sociales y excepcionalmente derechos colectivos. En términos generales, la función desempeñada por la Corte Constitucional ha sido acertada en la mayoría de los casos. Ha dictado sentencias con las cuales ha construido una sólida doctrina constitucional, aunque puedan presentar discrepancias en algunas de sus resoluciones, lo cual es normal respecto de cualquier tribunal constitucional, en todo caso el balance de su funcionamiento debe considerarse positivo.

Dicho lo anterior, cabría apuntar un problema o, si se quiere, suscitar una reflexión breve sobre uno de los tantos defectos actuales de la democracia constitucional, como es, el activismo judicial, el cual no es ajeno a la Corte Constitucional colombiana. Se podría entender por activismo: la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de la potestad de otros poderes del Estado. Frente a la laxitud interpretativa, se aviene, que la actividad interpretadora debe tener límites, de lo contrario los órganos de justicia constitucional no solo podrían suplantarse al constituyente, sino también al legislador. Y si bien es cierto que, la interpretación de la Constitución, por el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus prescripciones, lleva consigo una alta dosis de adaptación de la norma a las nuevas circunstancias sociales, también contiene un límite, que no puede ser otro, que el derivado del significado unívoco que algunos de los términos normativos puedan tener. Cuando ello se desconoce, haciéndole decir a la Constitución lo contrario de lo que literalmente dice, no se está interpretando, sino modificando, sin seguir el procedimiento determinado para su propia reforma. En síntesis, la Corte Constitucional, al interpretar la Constitución no puede ir más allá del límite impuesto por los propios preceptos constitucionales y la significancia de los mismos. Y en lo relacionado con la interpretación constitucional de las leyes, a fin de adaptar su sentido a lo

previsto en la Constitución, es una tarea, que no debe llevar al extremo de evitar la anulación o inaplicación de la ley haciéndole decir lo contrario de lo que la ley dice, porque se presentaría una sustitución del legislador.

De este activismo judicial, el cual es criticable por el desvío de la justicia constitucional, debe huirse mediante una serie de reconsideraciones acerca de los límites de la interpretación constitucional y de los excesos en las decisiones, lo que parece indispensable si no se quiere poner en peligro la legitimidad de los órganos de la justicia constitucional. Y si bien, podría pensarse que, este activismo es necesario, porque se encuentra caracterizado por la actuación de los órganos de la justicia constitucional como verdaderos agentes de cambio social, al formular en sus decisiones programas concretos de políticas públicas y obligando a los demás poderes políticos a su realización, no es ideal cuando se encuentra en riesgo la desnaturalización de la función jurisdiccional, que no debe sustituir a las otras ramas del poder en sus actuaciones.

Ahora bien, en torno a ese activismo judicial desplegado por la Corte Constitucional colombiana cuando interpreta los preceptos constitucionales y procede a realizar el control sobre las leyes, se han escuchado varias voces que critican esta posición, al considerar que el Tribunal Constitucional invade campos que no le corresponden, como el de competencia del legislativo, lo que contribuye a crear un clima de inseguridad jurídica. Entonces, se habla de un “gobierno de los jueces”, equiparándolo a un gobierno sin legitimidad democrática, sin responsabilidad, sin capacidad de responder a las demandas sociales. Para tratadistas franceses como Michel Troper, Otto Pferman y Etienne Picard, se debe resaltar el hecho de que un tribunal compuesto de algunas personas designadas y sin responsabilidad política, a menudo nombradas por complacencia o por coyunturas políticas, que forman un cuerpo poco democrático, ejerzan un poder tan decisivo y sin control.

Según Lacharriére habría una usurpación del legislador por un cuerpo en el que el poder no habría sido previsto por la Constitución. Siguiendo a Troper (1938), el concepto de gobierno de los jueces se reconocería de cuatro maneras: i) cuando los jueces tienen la función de apartar del ordenamiento jurídico una ley, convirtiéndolos en legisladores negativos; ii) cuando los jueces inician de oficio ciertas acciones o controles, como el medio de constitucionalidad; iii) la posibilidad de los jueces de aplicar principios vagos; y iv) cuando los jueces expresan una voluntad en contravía de la expuesta por el legislador. De esta manera, la Corte Constitucional ejerce un control de constitucionalidad, y cuando considera que es contraria a la Constitución, la declara inconstitucional, ejerciendo un rol de legislador negativo; aunque también ejerce un rol de legislador positivo, cuando a través de sus decisiones agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislador, y en ocasiones, imparte órdenes a otras ramas del poder público.

Ahora bien, dentro de ese contexto, se tiene que cada vez que la Corte Constitucional ejerce sus funciones o se extralimita en ellas, en cualquiera de las decisiones que adopta, ya sea por medio del control de constitucionalidad o en sede de revisión, procede a interpretar la Constitución, sin que encuentre mayor resistencia entre el pueblo, definiéndose como el intérprete final y exclusivo de la Carta de Derechos. Y es así como el Tribunal Constitucional, dice lo que significa cada uno de los preceptos de la Constitución, convirtiendo la interpretación en un discurso cerrado y monológico, del cual se encuentra excluido el pueblo, pese al poder originario como constituyente primario. De ahí, que surjan preguntas: ¿Por qué la rama del poder menos democrática decide el significado de la Constitución por todos los ciudadanos?; ¿porque los jueces deciden sobre temas que nos afectan? Estos interrogantes, solo describen la tensión que se presenta entre pueblo vs. jueces, cuando por un lado, se tiene un pueblo de donde emana el poder de darse su propia Constitución, y por el otro, problemas interpretativos que nacen en los textos constitucionales,

pero que son resueltos por jueces y no por los ciudadanos, quienes no son escuchados respecto de temas que los afectan.

Ante la monopolización de la significancia de los preceptos constitucionales por parte, en este caso, de la Corte Constitucional colombiana, se consideró necesario en este trabajo traer a estudio la corriente del constitucionalismo popular, cuyo origen, estructura y clasificación se consignó en el primer capítulo, pero que permite la construcción del modelo pretendido. No sin antes, advertir que, en Colombia actualmente se vive en tiempos de alta intensidad democrática, con una ciudadanía empoderada (que ha sido un punto común en América Latina) que se asume, con razón, capacitada para intervenir y participar en todos los asuntos públicos que le conciernen. Lo quiere decir, que hoy, aquellas instituciones diseñadas a partir de la desconfianza se enfrentan a una ciudadanía que les exige, y que no está dispuesta a callar y mucho menos a resignarse. En ese sentido, se vive bajo una situación de fatiga o erosión democrática, donde se superponen los problemas de las democracias con los del constitucionalismo, y la objeción democrática se mantiene. Por tanto, se tiene el derecho de seguir preguntando, por qué son otros los que toman las decisiones sobre los temas que más importan, en nombre de todos, sin ser escuchados, a pesar del desacuerdo que pueda existir.

En este sentido, se partirá de las conclusiones obtenidas en cada capítulo de este trabajo con el fin de construir los lineamientos de un modelo dialógico basado en el constitucionalismo democrático adaptado a la realidad colombiana. El primer elemento que hace parte de este modelo, y sobre el cual ya se hizo referencia párrafos atrás, es la necesidad de la existencia de una Constitución escrita producto del querer del constituyente primario, sin embargo, para que dicha Carta pueda encajar en uno de los presupuestos de la corriente del constitucionalismo popular que se quiere acoger, esta contar entre sus características con un cierto margen de “flexibilidad”,

incluso en cuanto al catálogo de derechos fundamentales. Al respecto, se debe tener en cuenta, partiendo de la base que todo derecho tiene sus contenidos (que le son propios), que ellos pueden ser explícitos e implícitos —o hay manera de determinarlos—, también existirán límites internos y externos, siendo los primeros, la base mínima donde se hacen evidentes las aportaciones de la teoría del contenido esencial que permite encuadrarlos dentro de los contenidos implícitos de los derechos constitucionales. Es decir, se trata de contenidos abstractos que permiten determinar el núcleo mínimo de cada derecho, el cual se pretende proteger al momento de interpretar los preceptos constitucionales. De esta manera, el núcleo esencial de los derechos se constituye en un verdadero parámetro para el establecimiento del contenido de los mismos.

Ahora bien, se podría argumentar que, si se está defendiendo una postura en la cual la idea es que una de las vertientes del constitucionalismo popular, como es el constitucionalismo democrático constituya el eje del modelo propuesto, la “flexibilización” de la Constitución y en especial, de los preceptos que contienen los derechos fundamentales, es un presupuesto que debe darse, toda vez que, sobre estos se plantean los mayores desacuerdos entre los ciudadanos. Al respecto, es necesario señalar que, el modelo propuesto en este trabajo, se aparta de este supuesto, considerando que la “flexibilización” no debe traspasar el núcleo esencial de los derechos.

A continuación, se exponen las razones que permiten la inscripción en esa postura. Si bien, la idea central del constitucionalismo popular es que, la última palabra de interpretación constitucional la tiene la voluntad consciente y deliberada del pueblo, no es menos cierto que para esto funcione se considera deben existir una serie de elementos mínimos que deben estar sustraídos a la voluntad popular (Dworkin, 2011; Ferrajoli, 2003; Uprimny, 2001). Siguiendo de acerca la idea de Elster (1995), así como la mitología griega, Ulises se autolimitó atándose al mástil mayor de su embarcación y ordenó a sus subalternos que no lo desatarán ante el canto de las sirenas, lo

que equivale a que el pueblo y sus representantes en una Constitución se restringen a sí mismos y a sus descendientes, eliminando ciertas opciones que podrían tomar libremente si no existiera esa restricción (cláusulas pétreas).

A primera vista parecería ser que esas restricciones, como mantener el núcleo esencial mínimo de los derechos inalterable, es anti-popular, porque se ata injustificadamente al pueblo, cercenando buena parte de su autogobierno y de ese poder de interpretar los preceptos constitucionales sin límite alguno. Sin embargo, es bueno señalar que, generalmente, el tipo de respuesta frecuente que se da a este tipo de objeción, advierte que la democracia no puede entenderse como el poder omnímodo de las mayorías (Gargarella, 1995), haciendo un símil con la interpretación que de las normas constitucionales se pretende realice el pueblo (eje central del constitucionalismo popular). Así, la interpretación constitucional con la cual se pretende empoderar a la ciudadanía debe estar limitada, y ese límite, no es otro que los elementos esenciales que permiten la existencia de los derechos. De esta forma, las libertades, la vida, la dignidad, entre otros, no pueden ser modificados en su núcleo esencial, constituyéndose ataduras que representan conquistas de la humanidad, lo contrario sería, estar al vaivén de la efervescencia o pasión de un momento (Elster, 1989).

Al respecto, John Rawls (1996) considera que existen ciertos elementos constitucionales esenciales que posibilitan la idea de una razón pública, como son las verdades llanas de aceptación, y que son generalmente aceptadas por todos, o disponibles, en general, para todos los ciudadanos (Rawls, 1996). Recogiendo esta tesis para la propuesta que se sustenta, el núcleo esencial de los derechos no puede ser modificado mediante la interpretación, pero sí se podría aumentar la protección, en una suerte de progresividad, pero nunca menoscabar o disminuir una prerrogativa. Ahora bien, se entiende que ese derecho, hace parte de un catálogo que el pueblo al actuar como

constituyente primario apropió para sí, determinando los elementos esenciales, su núcleo esencial, constituyendo una labor propia de la ciudadanía, que por medio de argumentos razonables los aceptó, por tanto, no puede estar sujeta a las deliberaciones ni de jueces constitucionales ni del pueblo, que mediante interpretaciones sean contrarias a ciertos bienes humanos básicos indisponibles (Finnis, 2000).

En conclusión, con ese margen de “flexibilización” de la Constitución propuesto, tanto jueces como pueblo se autolimitan en la interpretación de los preceptos constitucionales, dejando intocable el núcleo esencial de los mismos, lo que garantiza que los valores y principios constitucionales con fundamento en los cuales el pueblo adoptó la Carta, continuarán inmodificables, permitiendo que la interpretación únicamente comprenda aquellos elementos que se podrían catalogar como no esenciales. De esta forma, la restricción que el mismo pueblo se impuso al establecer los mínimos de los preceptos constitucionales, se respetaría no solo por sus miembros sino por los jueces, quienes no podrán transgredirlos.

Si bien, lo dicho hace alusión a una visión democrática sustantiva como la de la Corte, donde existen ciertos elementos mínimos en la Constitución que atan al pueblo y que no pueden ser eliminados ni siquiera con una reforma porque van más allá, ya que se trata de valores y principios con respecto a los cuales se logró un consenso, y que son universalmente protegidos, como por ejemplo, el derecho a la vida, siendo pocos los países en los cuales el mismo no se protege bajo ciertas circunstancias, pero que en Colombia se llegó a un acuerdo, y es uno de los pilares del catálogo de derechos, junto a otros más, como la dignidad de la persona, y en fin. En este caso, corresponde al Tribunal Constitucional la defensa de esos mínimos, los cuales ni el pueblo ni los jueces pueden modificar, y de esta manera dicha Corporación cumple el papel conferido en el artículo 241 constitucional como guardiana de la Carta. Por tanto, el rol de la Corte

Constitucional se encuentra limitado por esos elementos esenciales, ese núcleo esencial de cada precepto, el cual no pueden soslayar habida cuenta la interpretación de las disposiciones constitucionales y de la legislación ordinaria.

A pesar de lo anotado, cabría pensar que esta propuesta bajo el enfoque sustantivo, donde el pueblo se autolimita mediante la eliminación de las decisiones futuras que buscan destruir los elementos esenciales de los preceptos constitucionales sobre los cuales existe un consenso, y que permiten la estructuración de la democracia, trae consigo aparejada la aseveración de que los jueces están lejos de ser una fuerza contramayoritaria, y en contraste, se convierten en actores que con sus decisiones sirven de custodio al núcleo esencial de los derechos y de las disposiciones que facilitan la existencia de la democracia. Lo cual no es del todo cierto, pues si bien, los jueces tienen el deber de anular cualquier acto que desfigure el núcleo de los derechos e impida el ejercicio democrático, convirtiéndose indirectamente en salvaguardas, es precisamente este el rol que le fue adjudicado por el soberano popular, al Tribunal Constitucional concebido como guardián de la esencia de los principios y valores constitucionales que no solo posibilitan la protección y ejercicio de los derechos, sino que constituyen los componentes de una democracia, es el cometido de los jueces constitucionales, a pesar de la controversia que podría suscitar este punto, en el cual no radica el problema, porque al fin y al cabo están cumpliendo con el deber de proteger estos parámetros.

El aspecto que ofrece dificultad, se presenta cuando en materia de interpretación, los jueces, en el caso colombiano, la Corte Constitucional, va más allá al interpretar la Constitución, se extralimita en las funciones adjudicadas, convirtiéndose en un poder contramayoritario, tanto así que, ejerce como legislador positivo por medio de sus decisiones, en las cuales cambia de sentido a la ley, agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislativo, ejerce el rol de legislador

negativo, y en ocasiones imparte órdenes al legislativo para que legisle de determinada manera. Ejemplos, de estas situaciones son muchos, como las Sentencia C- 473 de 1994 donde exhortó al Congreso a legislar sobre los servicios públicos esenciales, o la sentencia C-700 de 1999 donde declaró contrario a la Carta Política, el decreto que regulaba el sistema de financiamiento de vivienda (UPAC), y le ordenó al legislativo tramitar una ley que reglamentara este tema.

Lo anterior, se hace evidente al abordar el problema de la dificultad contramayoritaria esbozada por Bickel (ampliamente explicada en el capítulo II de este trabajo) que se sintetiza en el siguiente interrogante: si se dice que la Constitución de 1991 es democrática, ¿por qué las decisiones de órganos elegidos democráticamente pueden ser invalidadas por jueces no elegidos por el pueblo? No se puede olvidar que la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad, y cuando considera que una norma es contraria a la Constitución, la declara inconstitucional, así como también revisa sentencias de tutela y profiere fallos de revisión de constitucionalidad, y en tal labor, incluso ha creado principios. Para ejemplificar, se tiene el tema del aborto, cuando en una primera sentencia de constitucionalidad C- 133 de 1994, el Alto Tribunal declaró ajustada a la Carta Política la penalización que consagraba el Código Penal colombiano, mientras que en un segundo, tercero y cuarto fallo sobre el mismo asunto (sentencias: C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C- 198 de 2002), ratificó su anterior posición, sin embargo, en la sentencia 355 de 2006, despenalizó el aborto en cuatro casos especiales, bajo el argumento de que los derechos de la madre no pueden sacrificarse en favor de la protección del nasciturus. Recientemente en la providencia C-055 del 21 de febrero del 2022, en la que se declaró exequible la tipificación del aborto, en el sentido de que no se configura el delito cuando la conducta se practique antes de la semana 24 de gestación y, sin sujeción a este límite, cuando se presenten las causales tratadas en la Sentencia C- 355 de 2006. Finalmente, exhortó al Congreso y al Gobierno

Nacional a formular e implementar una política pública integral en la materia. De lo expuesto, claramente se observa un planteamiento nuevo en términos de principios constitucionales frente a los derechos reproductivos de la mujer. Temas como este, han generado polémica, y muchos titulares de los medios de comunicación se han preguntado por qué unas pocas personas deciden por todos los colombianos.

Lo cierto es que, la Corte Constitucional, crea lineamientos supraconstitucionales, así como también sustituye al constituyente primario, con lo cual el pueblo deja de tener la última palabra en materia de interpretación de la Constitución, lo que daría lugar a la configuración de una soberanía judicial, mas no popular. Para respaldar esta posición de la Corte, el argumento a referenciar, es que la situación se presenta porque existe, lo que Francisco Tomás y Valiente denomina (1994), una “resistencia constitucional”, entendida como la adaptabilidad de la Constitución a la dinámica política, o como la capacidad de que la Constitución sea interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante, en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias, a propósito de derechos fundamentales. Es decir, se trata de la posibilidad de reinterpretar los preceptos constitucionales como forma de adaptación al movimiento de la sociedad (Tomás y Valiente, 1994). Lo que podría explicar las soluciones aplicadas en muchos casos por la Corte Constitucional, quien interpreta las normas constitucionales de tal manera que responde a los problemas que debe resolver sobre tópicos relacionados con derechos humanos y la protección de la carta fundamental. Así como también, la constante omisión por parte del legislativo, órgano que no legisla sobre temas polémicos, a pesar de que la Corte Constitucional en varias de sus providencias lo exhorta a legislar, incluso le suele dar un plazo para este cometido, el cual en la mayoría de las ocasiones se cumple sin que se haya tramitado una ley acerca de los debatido.

Al precisar el alcance del término interpretación según la posición de Wittgenstein, se tiene que interpretar es la actividad o proceso de sustituir una formulación de la regla como algo distinguible de comprender o captar el contenido de una regla (Wittgenstein, 1988). Es decir, el juez o intérprete debe estar en condiciones de captar el contenido de una regla o especificar sus instancias de uso, pero si no le fuere posible, debe hallarle el verdadero contenido y dimensión y escoger entre las diferentes posibilidades. Para Dworkin, interpretar es un modo de conocer, captar o entender algo y emitir juicios verdaderos acerca de algo.

Ahora bien, a partir de la interpretación, el juez parte de una regla conocida y le fija su alcance para poder aplicarla a un caso; sin embargo, suele ocurrir, que el juez crea una norma, como lo ha hecho en innumerables ocasiones la Corte Constitucional. Si se observa la función del juez constitucional, no es la de creación de normas, es una tarea obviamente del legislador, pero a pesar de que esa labor le corresponde al Congreso como representante del pueblo, la Super Corte, lo hace. ¿Por qué el juez constitucional colombiano en ocasiones lo hace? Puede deberse a la ausencia de normas claras y expresas, en virtud de la generalidad y abstracción de las disposiciones constitucionales que no proveen todos los aspectos posibles, que faciliten al operador judicial el pleno establecimiento de la solución de un caso difícil. Esta situación se vio en la creación de ciertas reglas específicas realizadas por la Corte Constitucional en los eventos de vulneración de derecho al *habeas data*, cuando aún no existía norma que regulara la materia. Igualmente ocurrió con el derecho de petición en asuntos pensionales, aspecto en el cual el Tribunal Constitucional fijó unos plazos límites que poseen las entidades de previsión para atender las respuestas elevadas por los peticionarios.

Dicha actividad creadora del juez ha sido justificada por la Corte en numerosas ocasiones, como, por ejemplo, en la consecución del principio de igualdad cuando en la Sentencia C-836 de 2001, señaló:

La Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional. Lo dicho hasta ahora justifica la actividad creadora del juez, para que éste atribuya los criterios materiales de igualdad establecidos en la Constitución y la ley en cada caso. (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001)

Otro argumento que podría esgrimirse para justificar el actuar del Tribunal Constitucional, es la defensa de la presencia de un juez pensante en su función de administrar justicia, y no un simple funcionario judicial mecanizado aplicador de la norma. Se trata, entonces de un juez capacitado para comprender el sistema axiológico que impregna el ordenamiento jurídico, lo cual permitiría resolver con justicia cada caso, con lo que, el actuar de la Corte, se inscribiría en la escuela del derecho libre y el realismo jurídico, ya que se hace tránsito de una jurisprudencia de intereses a una jurisprudencia de valores. En esta corriente, las decisiones judiciales se centran cada vez más en aspectos sociológicos y axiológicos, teniendo el juzgador un amplio campo para fallar, tomando el papel de juez activo creador de reglas. La aplicación de la tesis de esta escuela presenta unos rasgos no convenientes para una sociedad democrática, ya que los ciudadanos quedan sometidos por completo a las decisiones de los jueces, sometidos a la disposición de ánimo del impartidor de justicia, desencadenando la arbitrariedad. La Corte Constitucional colombiana

guarda bastante cercanía con los postulados de esta corriente, tanto así, que en muchas ocasiones ha puntualizado que la importancia de la literalidad de la norma debe ceder ante la obtención del valor de la justicia en los fallos judiciales. En casos relacionados con la acción de tutela, ha proyectado su misión protectora, al prescribir ciertas soluciones, como la declaratoria del Estado de cosas inconstitucional en cuanto a los derechos de los reclusos.

También se podría argüir que, aun estando por decidir ciertos casos difíciles que permiten la existencia de más de una solución ¿Cuál es el camino que debe tomar la Corte Constitucional? Sencillamente, ha señalado el Tribunal Constitucional que, la función del juez constitucional no debe limitarse a constituirse en un aplicador de la norma, sino que su papel es el de creador, aun en detrimento de la seguridad jurídica conforme lo señaló en la sentencia T-406 de 1992.

En consecuencia, se presenta un predominio del activismo judicial, donde el Tribunal Constitucional es el supremo interprete de la Constitución, y supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley, de donde se deriva el carácter vinculante de la doctrina constitucional para todos los poderes públicos, que deben interpretar la Constitución y las leyes de acuerdo con lo establecido en dicha doctrina. La cuestión principal, entonces, es la de los límites de la interpretación constitucional, pues mediante ella, ni el supremo intérprete constitucional puede suplantar el poder constituyente ni sustituir al legislador. Por ello, no puede hacer decir a la Constitución lo contrario de lo que ella dice, pues no puede modificarla al necesitar el poder de reforma constitucional, no el poder jurisdiccional, ni para salvar su constitucionalidad, hacerle decir a la ley lo que objetivamente no dice, pues si bien el Tribunal Constitucional puede hacer de legislador negativo, no le cabe comportarse como legislador positivo suplantando el legítimo papel del legislador democrático. Estas simples reglas no resuelven el problema, debido a la distinta

naturaleza que tienen la Constitución y la ley, la primera como norma suprema y la segunda subordinada a ella.

En síntesis, la Corte Constitucional adopta decisiones que van más allá de declarar la inconstitucionalidad de una ley o de decidir sobre un caso concreto en sede de revisión, situación que genera reacciones negativas en diferentes sectores a raíz de la interpretación progresista en sus pronunciamientos jurisprudenciales, como se ha presentado en lo concerniente a la adopción homoparental, cuya línea jurisprudencial se expuso en este capítulo, lo que nutre el debate a favor o en contra de las posiciones adoptadas.

Ahora bien, hablar de justicia constitucional y democracia, obliga a poner de manifiesto, desde el primer momento, cuál es el auténtico fondo de esa relación problemática, mal entendida o tan confusamente entendida. El fondo al que se hace alusión consiste en que para relacionar estos términos es necesario partir de un significado preciso. Así, por lo que se refiere a la democracia, no se puede apelar a un concepto abstracto, sino a un concreto entendimiento de ella: el de la democracia constitucional. En cuanto a la justicia constitucional, se debe entender, al control de constitucionalidad encomendado a los órganos jurisdiccionales. En este caso, la democracia como forma de organización y ejercicio del poder en una comunidad política, solo ha sido garantizada cuando se ha formalizado a través de la Constitución, única forma de asegurar la soberanía del pueblo e impide, por ello, que el poder del Estado vulnere los derechos de los ciudadanos como titulares de esa soberanía. Lo que importa subrayar de esta clase de democracia, es que no hay democracia sin Constitución, ni Constitución sin democracia, lo que está en los orígenes del Estado constitucional moderno. De esta manera, la democracia acabó siendo asegurada por la Carta, lo que significa que no cabe apelar a la democracia por encima o al margen de la Constitución, porque solo a través de ella se encuentra garantizada.

La idea detrás de toda esta argumentación radica en lograr explicar que Colombia se encuentra inmersa en la expresión: democracia constitucional, lo que es un oxímoron (Holmes, 2001), porque si el pueblo es el soberano, no es posible que no sea escuchado al momento de adoptarse una decisión que le afecta. Si el creador de la Carta es el pueblo, quien debe tener la última palabra en relación con sus alcances es él mismo y no un Tribunal Constitucional que no es elegido democráticamente (Tushnet, 2000). Al respecto, es necesario recordar que en este capítulo, se mostró cómo varios magistrados de la Corte Constitucional conscientes de esta situación en los salvamentos de voto de sentencias relacionadas con la adopción homoparental, expusieron que era el pueblo quien debía adoptar esta decisión a través de sus representantes, esto es, el Congreso. Se trata, entonces de un problema derivado de los límites de la interpretación constitucional, y por ello, de los límites que la justicia constitucional no debe traspasar cuando se presenta un activismo judicial y un exceso de jurisdicción a que ese activismo tiende, que pone en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia.

En este escenario, se propone bajo las directrices de una Constitución escrita que restringe y limita al gobierno, a la cual se le atribuye para efectos de encuadrar en el modelo dialógico un cierto grado de flexibilidad en cuanto a los componentes no esenciales de los preceptos constitucionales (específicamente de los derechos), bajo la tutela de una Corte Constitucional super poderosa que ha optado por un activismo judicial sin límites, que asume un papel de principal y último intérprete de la Constitución, que sea el pueblo el reivindicado en su rol de intérprete de la Carta. Para ello, se recurre a una de las corrientes constitucionales que mayor controversia ha causado en esta época, y de la cual se habla en forma extensa en el capítulo I de este trabajo, el cual es, el constitucionalismo popular.

El constitucionalismo popular, se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la versión elitista según la cual los jueces son los mejores intérpretes constitucionales. El punto clave de esta corriente es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista debe ser el pueblo. Según Balkin (1995), el populismo promueve y defiende los intereses y posturas de los ciudadanos comunes, lo que conlleva a una alternancia entre autoridad y poder, y una inclinación por la participación del pueblo en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida diaria. Esto es, que los ciudadanos tengan voz en las decisiones que los afectan.

En palabras de Kramer, el papel del pueblo no debe estar limitado a momentos esporádicos de creación constitucional, sino a un control permanente sobre la interpretación e implementación de la Constitución, sin que pueda presentarse monopolización de la interpretación por parte de la Corte (Kramer, 2004b). De esta manera, es al pueblo a quien le corresponde la interpretación de la Constitución, la cual no debe ser monopolizada en el caso colombiano, por la Corte Constitucional, quien, si bien es guardiana de la Carta, debe custodiarla y velar que se cumpla, pero no puede ser el último intérprete de la misma sin dar paso a la interpretación que sobre los preceptos constitucionales tenga la ciudadanía.

Para los constitucionalistas populares, el juez no debe desarrollar ningún rol en la escena democrática. Además, para esta corriente los jueces han arrebatado la Constitución de las manos del pueblo, quien debería ser el intérprete autorizado de la misma, teniendo en cuenta que fue su creador. Autores, como Tushnet o Parker, expresan que la última autoridad sobre los desacuerdos que surjan en la interpretación y aplicación de la Constitución deber ser el pueblo mismo. Para el primero, el *judicial review* es un experimento fallido que debe eliminarse (Tushnet, 2000). Ni siquiera los presupuestos de la democracia que defiende, por ejemplo, Ely deben ser protegidos

por el juez, debido a que no existen mayores restricciones formales o jurídicas a esos presupuestos, y existen formas no judiciales de proteger a las minorías. Por su parte, Parker (2011), sostiene que existe una falsa premisa según la cual la energía política del pueblo es defectuosa y peligrosa frente a las élites. Dice que por esta razón se han cerrado espacios democráticos injustificadamente porque el supuesto común es pensar que la mayoría equivale a una turba enardecida que va a aplastar a las minorías (Parker, 2011).

Teniendo en cuenta este marco, y que se presentan en la corriente del constitucionalismo popular, vertientes extremas de radicalismo democrático popular, es por lo que se sustenta el modelo que se quiere presentar en este trabajo, en la tesis expuesta por el Post y Siegel denominada “constitucionalismo democrático”. En esta clase de constitucionalismo popular, la legitimidad de la Constitución radica en la habilidad que tiene para ser reconocida por los ciudadanos como su Constitución, y las tradiciones de activismo popular que autorizan a los ciudadanos a presentar reclamos sobre el significado de la Carta y a oponerse al gobierno cuando consideran que no los respeta. En este proceso los tribunales constitucionales juegan un papel jurídico-político atribuido constitucionalmente (Post & Siegel, 2007). Para los exponentes de esta clase, los jueces constitucionales se convierten en posibles colaboradores de las instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, como catalizadores del constitucionalismo popular. En este caso otorgan un papel más significativo al poder judicial, no necesariamente excluyente del constitucionalismo popular.

En el contexto actual colombiano se considera esta vertiente del constitucionalismo popular la más acertada, si se quiere, como se pretende con este trabajo, que el pueblo recupere el papel que le corresponde en la significancia de la Constitución. Sin embargo, no es conveniente ante la realidad del país, como pretenden algunos constitucionalistas populares radicales, acabar con el

control de constitucionalidad ni con la presencia a través de sus fallos de la Corte Constitucional como protectora de los derechos de los ciudadanos. Primero, porque la función que desempeñan los jueces constitucionales proviene de un mandato constitucional, por lo que haría falta una reforma para modificar sus consecuencias, y segundo, porque para darse, la exclusión del control de constitucionalidad, se tendría que dar, según Waldron (2018) cuatro supuestos: i) instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo elector por sufragio universal de la población adulta; ii) un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también, presenten también un buen funcionamiento razonablemente correcto, establecidas sobre bases no representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el Estado de derecho; iii) un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de sus funcionarios con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y iv) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe acerca de los derechos entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos.

Sobre estos supuestos señalados por Waldron, revisándolos uno a uno, es evidente, que uno no aplica en la sociedad colombiana. En este país, donde la sociedad mantiene una desconfianza absoluta en las instituciones democráticas, sobre todo en el legislativo (siendo esta una de las justificaciones de la existencia del control de constitucionalidad que se expuso en el capítulo II de esta investigación), y cuestiona sus actuaciones, resulta evidente que está lejos de que su funcionamiento pueda calificarse como correcto. A ello se suma, que si bien, la institución judicial en Colombia, tribunales y jueces, en concreto funcionan adecuadamente, se extralimitan en las funciones de control constitucional y de revisión, a tal punto que, el activismo judicial es una de sus características. En cuanto a los dos supuestos restantes, es de advertir que, Waldron presupone la existencia de un compromiso de la sociedad con los derechos que involucra una conciencia

mundial sobre los derechos humanos, y que dicho compromiso es un consenso vital, sobre lo cual, es bueno plantear que en una sociedad como la colombiana que ha vivido durante años el conflicto armado, y que ha dado lugar junto con otros problemas de ilegalidad, a la violación constante de los mismos, es difícil pensar que los miembros de la sociedad se toman en serio los derechos. Sin embargo, se podría decir que sí existe una valoración de los derechos, tanto así, que se impulsó la promulgación de la adopción de una carta declaratoria de derechos, aunque se presenta una transgresión constante de los mismos. Finalmente, es evidente la existencia de un consenso sobre los derechos, pero un desacuerdo general sobre las cuestiones políticas más relevantes.

Así las cosas, en lo atinente a esos supuestos, Waldron señala que, la sociedad en cuestión deberá resolver los desacuerdos sobre los derechos de sus miembros recurriendo a las instituciones legislativas. Si estos supuestos se sostienen, la justificación de remitir tales desacuerdos a los tribunales judiciales para lograr un acuerdo final es débil y para nada convincente, y por tanto, no hay necesidad de que los tribunales cuestionen las decisiones sobre derechos tomadas por los legisladores (Waldron, 2018). En este sentido, una sociedad como la colombiana, en la cual medianamente se da el último de los supuestos, es indispensable que proceda algún tipo de control judicial, es por ello, que se plantea como alternativa un control judicial débil, en el cual, resulta imperioso gozar de un mecanismo que permita a los ciudadanos plantear las cuestiones en forma pública relacionadas con los preceptos constitucionales a medida que surjan. Para Jeremy Waldron, esto es, establecer un procedimiento de toma de decisiones cuyo funcionamiento solucione las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento decisorio, es decir, aun cuando los miembros de la sociedad discrepen acerca de los derechos, necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones a emplear para resolver desacuerdos (Waldron, 2018).

De esta manera, se propone para el modelo que se desarrolla, un control de constitucional débil, lo que quiere decir que se piensa en tribunales y jueces que deben restringirse y refrenarse —dejando de hacer política— en algunos casos específicos, es decir, cuestiones sustantivas que deban ser decididas políticamente, mientras que tendrían que ser muy activos frente a otro tipo de casos, como los relativos a la custodia de las cuestiones procedimentales del diálogo (Gargarella, 2021). Es decir, el juez debe salvaguardar el procedimiento del debate democrático, esto es, ese mecanismo diseñado para la toma de decisiones que permite la intervención del pueblo en los temas que los afectan. Como señalan Post & Segal (2004), el juez debe ser un colaborador de las instituciones democráticas en el significado de la Constitución y un fortalecedor de la democracia. En este sentido, los jueces deben garantizar ese procedimiento democrático para la toma de decisiones cuando exista un desacuerdo, permitiendo que la sociedad pueda participar.

En este sentido, se considera que alguna forma de autoridad final de los jueces es necesaria, porque la democracia requiere que ciertas condiciones sean garantizadas con el fin de que los ciudadanos puedan participar en la deliberación. Siendo indispensable encontrar un punto de equilibrio que, en este caso, no sería otro, que asegurar el procedimiento democrático que se plantea como mecanismo para el debate. En el cual los jueces, deben ser garantes del procedimiento deliberante, teniendo la última palabra para protegerlo mediante el control de constitucional débil, lo que implica la protección de los derechos de los ciudadanos, toda vez que en este procedimiento para resolver los desacuerdos se deben respetar las voces y opiniones de las personas cuyos derechos se encuentran en juego y tratarlas como iguales en el proceso. Por lo tanto, corresponde a los jueces en ese momento procesal, volcar el activismo que los caracteriza, en el caso de la Corte Constitucional colombiana, y permitir el debate sobre los temas que afectan al pueblo.

Pero ese debate es posible siempre y cuando la conversación se dé entre iguales (Gargarella, 2021). Para Gargarella, todas las personas comparten igual dignidad moral, en ese sentido todos valen lo mismo; nadie, más que el de al lado. Por eso es necesario buscar ponerse de acuerdo en casos de conflicto y discutir conjuntamente las reglas, para luego ponerse de acuerdo en cómo interpretarlas. Pregonara que esta idea en la era moderna se resume en el principio: una persona, un voto. Esta básica idea de igualdad asegura que reúne a las personas rechazando la idea de algunos de ellos, que por alguna razón injustificada pretendan imponer su autoridad sobre los demás como si ello fuera natural o lo debido (Gargarella, 2021).

Sin embargo, en la mecánica del diálogo se presentan desacuerdos, disensos esperables en una sociedad diversa, marcada por el hecho del razonable pluralismo (Rawls, 1993), el cual no desaparece y se convierte en las circunstancias de la política (Waldron, 1999). Este diálogo debe propiciar la participación de todos los afectados, de esta forma todos establecen las reglas de juego para la participación, y la forma como interpretarlas. Al respecto, Mill (como se citó en Gargarella, 2021) dice: “cada persona debe ser considerada el mejor juez de sus propios intereses” (p. 36). En esa deliberación entre iguales es crucial que todos los potencialmente afectados tengan la oportunidad de intervenir, como también es importante que se involucre un proceso de corrección mutua y de intercambio de argumentos (Gargarella, 2021). Pero esa discusión debe versar sobre el interés común no sobre intereses particulares.

De este modo se trae a colación estos elementos del diálogo entre iguales resaltados por Gargarella, con el único objeto de señalar que en ese procedimiento de debate democrático, del cual ya se habló, deben estar inmersos esos condicionamientos para que exista una participación, pues no basta con la declaración de derechos o una Constitución con preceptos constitucionales que garanticen la democracia, que intenten asignar protección a las libertades, ya que muchos

querrán sobrepasar esta muralla para beneficio propio, sino que es necesario llegar a un consenso no en cuanto a la lista de las prerrogativas sino a lo que cada una significa a través del debate, de la discusión, de la deliberación entre todos los actores, jueces y pueblo.

Surge entonces el interrogante: ¿Cómo hacer posible el establecimiento de un procedimiento que permita el diálogo entre los jueces y el pueblo? La respuesta a este interrogante fue ampliamente explicada en el capítulo III de este trabajo, cuando se dan a conocer diversos mecanismos utilizados por diferentes países. Sin embargo, debe decirse que, el enfoque dialógico que se ha querido dar a esta propuesta, partió de una institucionalidad dominante —frenos y contrapesos—, con vínculos de tensión entre los poderes que no colaboran entre ellos, una Corte Constitucional con un control de constitucionalidad fuerte que se extralimita en sus funciones, de donde surge un activismo judicial sin precedentes, y con un legislativo con imagen empobrecida, una Constitución que limita el gobierno, y una participación casi nula del pueblo en las decisiones que los afectan.

En este sentido, se podría pensar en un diálogo entre jueces y pueblo bajo la tutela de un control de constitucionalidad débil como el propuesto, a través de mecanismos que permitan que la decisión final esté precedida por un diálogo entre los jueces y el pueblo. Fuera de la cláusula “no obstante” de Canadá, o de las audiencias públicas y la consulta previa, estos dos últimos, mecanismos utilizados en Colombia, pero que son pocos los frutos que dan en materia de diálogo, la idea es proponer que incluso la participación se promueva desde los estrados judiciales, mediante la intervención en los procesos judiciales de los excluidos o los tratados de manera desigual en el proceso político o de quienes defiendan sus intereses⁵⁵. De esta manera, lo

⁵⁵ En el capítulo 2.4.3. de este trabajo sobre las minorías. De acuerdo con Friedman, un buen ejemplo de un Tribunal que incluyó a los excluidos del proceso político es la Corte Suprema de los Estados Unidos durante el periodo de la Corte Warren (Friedman, 2010, pp. 237-238).

pretendido es que exista un verdadero acercamiento en el caso colombiano entre la Corte Constitucional y los afectados con el tema que debate. Se debe recordar que, según la tesis que se viene manejado, los tribunales constitucionales solo son un medio para que los no escuchados hagan valer sus argumentos mediante un procedimiento privilegiado. Con beneplácito se trae a colación, el artículo 182 B de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se permite en aquellos procesos donde se encuentra involucrado el interés general, o en aquellos casos donde se vaya a proferir sentencia de unificación que, el juez o magistrado ponente podrá convocar a entidades del Estado, organizaciones privadas o expertos en las materias objeto del proceso a una audiencia pública para que presenten un concepto. Esta norma es el primer paso, no el ideal, porque en dicha disposición se obvió convocar a los afectados, que es el reclamo que se ha realizado a lo largo de este estudio, pero abre el camino para que en procesos judiciales se pueda dar esa invitación, que no debe ser potestativa como lo consagra la disposición, sino que deber ser obligatoria. Con la participación de los no escuchados afectados en los procesos judiciales donde se controvierta un interés común, se evita que la discusión ciudadana sea abortada sin ser escuchada, y en cambio, se origina un espacio de participación a los sectores tradicionalmente excluidos.

En otras palabras, se trata de imaginar canales de participación no electorales, pues se tratan de procesos judiciales, donde la Corte Constitucional debe ejercer según la estructura propuesta un control de constitucionalidad débil, donde pueda ser oído el pueblo afectado. En esta forma, lo pretendido es que a través de la participación en los procesos constitucionales suplir los déficits participativos en los que pudieran haber incurrido las asambleas legislativas al tramitar y expedir una ley. Y este procedimiento solo puede darse en el marco de una democracia deliberativa como la que expuso Gargarella y que fue citada en el capítulo II de esta investigación.

En este contexto, reconocer a los tribunales como sedes de deliberación conlleva aceptar la existencia del desacuerdo y de las divergencias, no solo entre la población sino también entre los jueces, lo que podría desvirtuar el papel de las Cortes como foro de deliberación, sin embargo, se considera que el diálogo puede darse en las diferentes etapas del proceso y entre diversos participantes. Lo importante es que ese diálogo pueda darse, y que sean los jueces quienes custodien el procedimiento a seguir para que la deliberación cuente con la participación del pueblo. Y que ese pueblo afectado sea escuchado por los jueces, y no como ahora ocurre, que cuando se trata de decidir sobre la constitucionalidad de ley existen una cantidad de trámites y un procedimiento riguroso que hace casi imposible que un ciudadano común pueda acceder al debate, o si no, obsérvese el trámite de la acción de inconstitucionalidad de la ley regulado por el Decreto 2067 de 1991.

Un claro ejemplo de un mecanismo mediante el cual los procesos judiciales se convierten en mecanismo de participación y los tribunales en sedes de diálogo, es el denominado por Mariela Puga como litigio estructural, que se caracteriza por la intervención de múltiples actores, un colectivo afectado que no interviene en un proceso judicial, pero que sin embargo, son representados por algunos pares, una causa fuerte que determina la violación de derechos, una organización estatal que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola los derechos, la invocación de valores constitucionales, unas pretensiones y una sentencia con órdenes (Puga, 2013). Este mecanismo a través de acciones colectivas, ha obligado a los jueces a enfrentarse con problemas estructurales que requieren reformas institucionales que solo pueden realizar los poderes políticos. Son estos los retos a los que se han visto sometido los jueces, y que deben afrontar a través de un proceso de diálogo continuo entre los funcionarios judiciales, instituciones y sobre todo, con la sociedad civil afectada, para erradicar las condiciones

amenazantes de los derechos constitucionales. Solo procesos deliberativos podrán conjugar el cumplimiento progresivo de los derechos sin invadir las competencias de otros poderes y en beneficio de los más vulnerables.

Retomando lo anotado, se debe precisar que en la medida que el proceso democrático y las instituciones representativas, como el Congreso en el caso colombiano, no puedan satisfacer todos los requerimientos y reclamos de una sociedad que piensa en una Constitución ideal (Nino, 1997), los tribunales y jueces tienen la tarea de fortalecer el proceso deliberativo y lidiar con las patologías que presentan las instituciones democráticas. En este sentido, se considera que debe predominar una justicia constitucional sin supremacía judicial en el marco de una democracia deliberativa condicionada a los aportes que se deriven de un proceso de deliberación, en el cual, el pueblo sea el principal protagonista, por lo que se debe incluir el que se lleva a cabo en un espacio público informal, siendo el lugar donde la formación discursiva de la opinión y de la voluntad no es restringida, y permite su transmisión a los parlamentarios. De esta manera, los jueces aseguran la mejora del proceso deliberativo y tienen el deber, en el esquema propuesto, de fortalecer dicha deliberación.

Lo anterior, no quiere decir que la deliberación judicial pueda reemplazar a aquella que se lleva a cabo en el Parlamento, donde los representantes del pueblo, investidos con el poder que les otorga el constituyente primario, deciden en nombre de ese electorado que les dio su voto de confianza para que en su nombre conviertan los reclamos sociales en disposiciones que les señale las directrices que deben seguir, sino que los jueces puedan favorecer el enriquecimiento del proceso deliberativo junto a una comunidad que se toma los derechos en serio (Ferrerres Comella, 2011). Se recurre a tal afirmación, porque puede suceder, como ya aconteció en Colombia — cuando se dio el visto bueno a la reelección presidencial durante el primer gobierno de Álvaro

Uribe por parte de la Corte Constitucional— que los jueces no siempre estarán dispuestos a salvar la democracia y sus instituciones de su destrucción (Dalh, 1956).

Así mismo, es de señalar, que no se trata de que la discusión sobre los temas propuestos por los ciudadanos se queden en foros judiciales o que la justicia constitucional se distinga por una especial cualificación de sus miembros para interpretar la Constitución (Niembro, 2013), sino de la posibilidad que tienen los jueces de aportar al proceso deliberativo, teniendo en cuenta la posición institucional que ostentan, a pesar del límite propio de su oficio, como la información con la que cuentan, el tiempo que tienen para resolver y escuchar los argumentos, las características de cada proceso judicial, el manejo que tienen de los precedentes jurisprudenciales, etc., que impide la deliberación en un foro ideal.

A lo largo de esta tesis se ha defendido la idea de que una posible solución al control constitucional es adoptar un modelo de constitucionalismo democrático débil, en el cual uno de los elementos predominantes es la existencia de una Constitución escrita, pero flexible con limitación de disposición en cuanto a los derechos fundamentales, con jueces garantes del proceso deliberativo y con la implementación de modelos dialógicos.

5. Conclusiones

La tensión entre jueces y pueblo se presenta cuando se interpreta la Constitución sin la intervención de los ciudadanos afectados con las decisiones adoptadas. De esta manera, la rama del poder menos democrática, decide por el constituyente primario. Esta característica de la democracia es propia de países con tradición constitucional occidental, donde los jueces dicen lo que es la Constitución, convirtiéndose por decisión de los propios funcionarios judiciales y de algún sector de la doctrina en un discurso cerrado y monológico, en tanto buscan ser los intérpretes supremos. En contraposición, a esa supremacía judicial, en el siglo pasado surgió una teoría constitucional norteamericana, el constitucionalismo popular.

Este constitucionalismo popular es una teoría normativa del diálogo, que se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial, a la posición elitista de los jueces cuestionando su papel de intérpretes constitucionales últimos y reivindicando el rol del pueblo en la interpretación de la Constitución, siendo uno de los propósitos de esta corriente, la elaboración de una doctrina constitucional como una agencia colectiva. Esta clase de constitucionalismo, permite que el pueblo pueda retomar el poder perdido y de esta manera, participar en las discusiones y alcances sobre el significado de los preceptos constitucionales, para que sean ellos quienes tomen las decisiones sobre el tipo de gobierno y el alcance que quieren darle a sus derechos.

En este sentido, se presenta esta tesis como una propuesta sugerente para repensar el papel del pueblo y de los jueces en la interpretación constitucional, contando entre sus principales virtudes, destacar la importancia de tener en cuenta el carácter supremo de la interpretación judicial, y de esta manera, romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación, según el cual, los jueces tienen un marcado protagonismo, recordando el papel político que puede jugar la ciudadanía a través o más allá de las instituciones, invitando a tomar la palabra por cuenta

propia sin esperar a que la voz sea concedida. De esta manera, esta clase de constitucionalismo pretende modificar no solo la autocomprensión de las élites que manejan el derecho como expertos, sino la de todos los implicados en la interpretación, debido a que confía en la capacidad de la sociedad civil, sin importar si está conformada por legos, que sin tener mayor academia, como sí la tienen los jueces, pero que, en virtud de sus propias vivencias, de sus experiencias, de su comprensión de la vida, pueden, aunque en un lenguaje popular, y para los eruditos inteligible, hacer sus propias traducciones de las disposiciones constitucionales. Se trata entonces, de una teoría que coloca en primer plano al pueblo y al espacio público-político, dotando al proceso democrático de un peso distinto y hasta ahora oculto en la realización de los mandamientos constitucionales, y en especial de los derechos fundamentales, dejando la decisión de su significancia en manos del poder primario.

En un segundo momento, esta clase de constitucionalismo, se muestra como una alternativa que, a más de denunciar el elitismo de la interpretación constitucional, intenta demostrar la posibilidad de cambios rotundos en la justicia constitucional. Así coloca sobre la mesa temas como, quién debe quedarse con la última palabra en asuntos constitucionales, abriendo una convocatoria a reflexionar sobre la objeción contramayoritaria y en especial, acerca del control de constitucionalidad judicial, e incluso a debatir sobre las relaciones entre los ciudadanos y los jueces, y entre poderes políticos y el poder judicial; al igual que, sobre el control que debe ejercer la ciudadanía en los asuntos que le interesan.

Ahora bien, en esta corriente, no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”, y aunque algunos propongan la erradicación de los jueces planteando la posibilidad de que la gente logre la protección de los derechos a través de la política; y otros resalten el papel jurídico-político que le es atribuido constitucionalmente a los jueces, y los erigen

como posibles colaboradores de las instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, en cuanto a catalizadores del constitucionalismo popular, previendo una relación entre jueces y democracia, en la cual, los primeros pueden fortalecer a la segunda, el punto clave de esta teoría lo constituye: la limitación de la supremacía judicial. Siendo necesario, que esa supremacía judicial o más bien supremacía interpretativa, que lleva a los ciudadanos a pensar que no pueden contradecir a los jueces, que no pueden refutar sus interpretaciones, esté restringida, con lo cual se destruye el monopolio judicial sobre la Constitución que parece inexorable e inevitable, pues tal como se ha predicado, solo bajo ese dominio, el pueblo puede salvarse de sí mismo.

Ante las pretensiones populistas, se precisan como elementos constitutivos de la misma: un modelo institucional cambiante que permita implementar las decisiones adoptadas por el pueblo; una Constitución flexible, incluso en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, un control constitucional débil, en el cual predomine una legislatura que pueda rechazar las decisiones que adoptan los jueces, y un proceso de revisión fundamentado en el diálogo; una última palabra en materia de interpretación constitucional que refleje la voluntad popular, mas no la mayoritaria que dé cuenta de la presencia de una teoría democrática caracterizada por la deliberación; así como la presencia de una interpretación extrajudicial que deviene del espacio público, en el cual, el debate sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en su contra; al igual que propugna por una defensa y recuperación de los valores del pueblo, y su reconocimiento a nivel institucional; también, pretende que la participación del pueblo en la elaboración constitucional no se limite a actos ocasionales, sino que sea permanente y continua; y finalmente, la configuración por parte

del constituyente primario de un derecho constitucional adaptado a la realidad y a los tiempos que vive una comunidad, en el cual se traduzcan los reclamos sociales.

En este contexto, es claro que el constitucionalismo popular centra su atención en la supremacía judicial, la cual refiere a que los jueces tienen la última palabra en la interpretación de la Constitución, determinando en sus decisiones el significado de la misma. La última palabra interpretativa, se relaciona con quién tiene atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. De esta manera, si los jueces tienen atribuida la última palabra interpretativa, la doctrina que dicten en cualquier proceso de su conocimiento, cuyo objeto sea o no el control de la ley, es vinculante para todos los poderes constitucionalmente instituidos; y en cuanto a la última palabra, en la constitucionalidad de la ley alude a quien tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución. Así las cosas, la supremacía judicial y la revisión judicial de las leyes son problemas del control judicial de constitucionalidad que se encuentran ligados uno con el otro, que no pueden subsistir solos, ya que para la determinación de constitucionalidad de una ley se requiere de su interpretación.

Dicho control de constitucionalidad, traducido en la revisión judicial de las leyes cuyos orígenes son históricos, y que permite describir la tensión entre la Constitución y la democracia, es un problema que se remonta al famoso debate del caso *Marbury vs. Madison*. Este control, permitió a los jueces convertirse en interpretes supremos de la Constitución, lo que contribuyó a que utilizarán cánones agresivos de revisión de la actuación del legislador, disminuyendo su creatividad constitucional y convirtiendo a esa corporación prácticamente en un simple espectador, al tener que someter sus decisiones al escrutinio de un juez cuya decisión no puede rechazar, lo que implica un posicionamiento de superior jerarquía de los jueces con respecto a los legisladores,

lo cual afecta la voluntad popular, aunque la intención sea proteger la Constitución, sin que se justifique esta situación en la crisis del órgano legislativo afectado por numerosos problemas de corrupción y otras situaciones que siembran la desconfianza de la sociedad civil en sus representantes, no siendo la institución propiamente dicha la que falla, sino las personas que la integran y que son elegidas por el pueblo. De igual manera, el control constitucional redujo los espacios de decisión de los otros actores constitucionales, en este caso del pueblo, cuya presencia es nula en los debates de control de constitucionalidad, en los procedimientos para intervenir hacen casi imposible que los ciudadanos puedan participar; además, estableció a través de su propia interpretación la vinculación de otros poderes del Estado a su doctrina, lo que conlleva a que sus interpretaciones no puedan ser revisadas, sometiendo de esta forma, a la institucionalidad a su omnímodo poder.

Ahora bien, se ha predicado que dicho control constitucional se encuentra justificado entre otras razones, debido a la crisis de los órganos legislativos, precipitada por los problemas de diversa índole que ha dado lugar a que el pueblo pierda la confianza en el órgano representativo, así como también, a la supuesta creencia de que, los jueces razonan y deciden libres de presiones políticas y todo orden, que permite forjar la convicción de que, de esta forma se protege a las minorías ante la posible irrazonabilidad de las mayorías. Razones que de por sí, solo son excusas para no permitir la participación en la deliberación de los temas que afectan a los ciudadanos, pero que no justifican que el debate no se produzca entre el pueblo y los jueces.

En el modelo defendido en esta tesis, los jueces respecto al control de constitucionalidad y la interpretación constitucional adoptan una decisión; sin embargo, la decisión en ambos casos, debe estar precedida de una deliberación entre los jueces y el pueblo, lo cual es posible acogiendo la propuesta que el constitucionalismo popular presenta en una de sus vertientes más moderadas,

la cual es el constitucionalismo democrático, el cual permite no prescindir de la labor de los jueces, sino convertirlos en garantes de la democracia, asegurando que se respeten los preceptos constitucionales que procuran la participación de los ciudadanos en la deliberación. Se trata de un modelo, en el cual claramente, se pretende que la decisión final adoptada por el juez esté precedida de un diálogo, donde sea escuchado el pueblo bajo un proceso deliberativo fortalecido y enriquecido mediante el control de constitucionalidad, y solo en ese sentido se encuentra justificado, lo que no conlleva a que institucionalmente se le deba atribuir la última palabra interpretativa.

Es así como el constitucionalismo democrático, permite no erradicar de la escena a los jueces, pero al mismo tiempo devolver el papel protagónico al pueblo mediante el empoderamiento de la Constitución a través de la interpretación, con la cual no solo serán escuchados sus reclamos, sino que formarán parte e intervendrán en las decisiones que los afectan, cualquiera que sea el tema propuesto. De igual manera, esta clase de constitucionalismo popular viene aparejado con un activismo judicial, que los jueces pueden continuar ejerciendo, pero limitado a tan solo aquellos aspectos que garanticen el cumplimiento de las condiciones democráticas necesarias para que el procedimiento establecido de deliberación se desarrolle sin ningún contratiempo. De igual manera, es importante la intervención judicial en el modelo propuesto cuando se trata de la protección de los derechos que el pueblo mismo acordó respetar, esto es, prerrogativas y principios que forman parte de ese mínimo producto del consenso popular, el cual no puede ser modificado. Por lo tanto, en el modelo propuesto, prima como elemento, la promulgación de una Constitución escrita, con un grado de flexibilización que no afecte el núcleo esencial de los preceptos constitucionales, lo que incumbe a los derechos, y que autorice solamente la interpretación por parte del pueblo y los jueces de los elementos que se antoja en este trabajo denominar no esenciales. A los elementos

descritos se suman, el establecimiento de un procedimiento o mecanismo mediante el cual en la interpretación de los preceptos constitucionales participe el ciudadano afectado con la decisión. Solo a través de la deliberación o conversación entre iguales es posible que sea escuchada la voz del pueblo soberano para que pueda decidir en los temas que le afectan, y solo así, la democracia cumple su objetivo. Es por ello que, la función del juez como intérprete constitucional no puede ser la de terminar la deliberación a través de sus sentencias sino la de promover el debate.

Esa deliberación de la que se habla permite el intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, los jueces escuchan y responden. Y es así como el diálogo debe permitir la concreción de la participación ciudadana en las decisiones que los afectan. Un diálogo que no solo devolverá el papel protagónico al pueblo, sino que creará ese sentimiento de empoderamiento que provocará que los ciudadanos puedan argumentar sobre cuestiones constitucionales, incluso puedan contradecir a los jueces, y refutar la interpretación de la Corte Constitucional, con lo cual, el monopolio judicial sobre la interpretación de la Constitución deja de ser algo inexorable e inevitable. Así, los jueces no ostentarán la última palabra en la interpretación de los preceptos constitucionales, sino que se verían avocados a dialogar con los interesados para adoptar las decisiones. Lo anterior, solo es posible mediante el establecimiento de un procedimiento que permita la participación de todos, jueces como garantes del mismo y el pueblo como interviniente, ambos decisorios en el marco de una democracia deliberativa, en la cual el control de constitucionalidad ejercido por los tribunales sea débil y enmarcado en la protección de los mínimos inmodificables.

En estas condiciones es posible que los jueces se conviertan en catalizadores de las instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, así como catalizadores del constitucionalismo popular, con el fortalecimiento de la democracia y el

fortalecimiento de compromisos. En este sentido, se trata de otorgarle un papel significativo al poder judicial, no excluyente del constitucionalismo popular, pues se requiere, como señalan Post y Siegel, cierta autoridad final necesaria para que se cumplan los principios del Estado de derecho, y en Colombia del Estado social de derecho, pues como ya se advirtió, se requiere que ciertos condicionamientos sean garantizados por los jueces con el fin de que los ciudadanos puedan participar en la deliberación. Se trata de encontrar un equilibrio entre el pueblo y su reclamo de ser escuchado y los jueces con su función definitiva.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1989). Why dialogue?. *The journal of philosophy*, 86(1), 5-22.
- Ackerman, B. (1991). *We the People: Transformations*. Harvard University Press.
- Ackerman, B. (1993). *La justicia social en el Estado liberal* (C. Rosenkrantz, Trad.). C.E.C.
- Agudelo, C. A (2014). *La democracia de los jueces. La Rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Editorial Leyer.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La constitución del Estado constitucional*. Palestra- Temis.
- Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*. Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra.
- Alexander, L. & Schauer, F. (1997). *On extrajudicial constitutional interpretation*. Harvard Law Review, 110, 1359.
- Alexander, L. & Solum, L. B. (2004). Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, 118, 1602.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Marcial Pons.
- Alexy, R. (2009). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.) (M. Atienza e I. Espejo, Trans.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. En M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 103-143). Trotta.
- Almagro Holgado, M. (2017). El expresivismo clásico y los límites de la interpretación naturalista de la intencionalidad en el programa de Grice. *Areté*, 29(1), 7-21.

- Alterio, A. M. (2013). *Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo Popular frente a frente*. En A. M. Alterio y R. Niembro (eds.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica* (pp. 35-69). Porrúa.
- Alterio, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (8), 227-306.
- Alterio, A. M. (2016). Constitucionalismo popular. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 158-165.
- Alterio, A. M. y Niembro, R. (2013). *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. Porrúa, Escuela Libre de derecho.
- Álvarez, L. (2013). *Sobre la idea de "pueblo"*. En A. M. Alterio y R. Niembro (eds.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. Porrúa.
- Aragón-Reyes, M. (2021). Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (50), 11-41.
- Balkin, J. M. (1994). Populism and Progressivism as Constitutional Categories. *Yale Law Journal*, 104.
- Balkin, J. (1995). Populism and Progressivism as Constitutional Categories. *Faculty Scholarship Series. Paper 268*, 1935-1990.
- Balkin, J. (1997). The Constitution of Status. *The Yale Law Journal*, 106, 2313-2374.
- Bello Hunt, D. (2017). Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, 2(17), 191-212.
- Benhabib, S. (1994). Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. *Constellations*, 1(1).

- Berguer, R. (1977). *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Liberty Fund.
- Bessette, J. (1980). Deliberative democracy: the majority principle in republican government. In R. Goldwin & W. Shambra (ed.), *How Democratic is the Constitution?*.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press.
- Bohm, D. (1997). *Sobre el diálogo*. Kairós.
- Bohman, J. (1996). *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. MIT Press.
- Bohman, J. (2016). La madurez de la democracia deliberativa. *Co-herencia*, 13(24), 105-143.
- Bohman, J. & Rehg, W. (Eds.). (1997). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. MIT Press.
- Buber, M. (1993). *Yo y tú*. [1928]. Caparrós.
- Bunt, H. (2000). Dynamic interpretation and dialogue theory. In M. M. Taylor, D. G. Bouwhuis & F. Neel (eds.), *The Structure of Multimodal Dialogue* (pp. 139-166). John Benjamins Publishing.
- Burker, E. (1960). *Selected Writing*. Modern Library.
- Burker, E. (1854). *Las obras del Muy Honorable Edmund Burke* (Volumen I). Henry G. Bohn.
- Cano Blandón, L. F. (2021). Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (49), 131-158.
- Cascajo, J. L. (2003). Constitución e interpretación constitucional. *Claves de razón práctica*, (138), 18-23.
- Cohen, J. (1986). An epistemic conception of democracy. *Ethics*, 97(1), 26-38.

- Cohen, J. (1996). Procedure and substance in deliberative Democracy. In S. Benhabib *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (pp. 95-119). Princeton University Press.
- Chaux, F. (2017). *Adiós a la constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*. Editorial Temis.
- Chemerinsky, E. (1987). *Interpreting the Constitution*. Praeger Publisher.
- Chemerinsky, E. (2004). In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, (3), 675-683.
- Chemerinsky, E. (2011). En defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo populistas. En *Constitucionalismo Popular* (J. González, Trad.) (pp. 88-89). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Chemerinsky, E. y Parker, R. (Eds.). (2011). *Constitucionalismo Popular*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Cherétier, J. (2008). *Mis años como primer ministro*. Vintage Canada Editions.
- Churchill, R. H. (2000). Popular Nullification, Fries' Rebellion, and the Waning of Radical Republicanism, 1798-1801. *Pennsylvania History: A Journal of Mid-Atlantic Studies*, 67(1), 105-140.
- Corte Constitucional. (12 de mayo de 1992). T-006 de 1992. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (3 de junio de 1992). Sentencia T-406/92. [MP. Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (13 de agosto de 1992). Sentencia C-479/92. [MP. José Gregorio Hernández Galindo y MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (18 de septiembre de 1992). Sentencia T-523/92. [MP. Ciro Angarita Barón].

Corte Constitucional. (1 de octubre de 1992). Sentencia C-543 de 1992. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (23 de octubre de 1992). Sentencia T-567 de 1991. [MP. Alejandro Martínez Caballero, MP. Fabio Morón Díaz y MP. José Gregorio Hernández].

Corte Constitucional. (11 de noviembre de 1993). Sentencia C-531/93. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (15 de diciembre de 1993). Sentencia T-594/93. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (17 de marzo de 1994). Sentencia C-133/94. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (19 de mayo de 1994). Sentencia C-239/94. [MP. Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional. (27 de octubre de 1994). Sentencia C-473/94. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (2 de diciembre de 1994). Sentencia T-553/94. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (5 de julio de 1995). Sentencia T-290/95. [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (30 de noviembre de 1995). Sentencia C-562/95. [MP. Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional. (7 de marzo de 1996). Sentencia C-098/96. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (22 de noviembre de 1996). Sentencia C-383/96. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (23 de enero de 1997). Sentencia C-013/97. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (20 de octubre de 1998). Sentencia T-587/98. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (2 de agosto de 1999). Sentencia T-551/99. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (16 de septiembre de 1999). Sentencia C-700/99. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (20 de junio de 2001). Sentencia C-647/01. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (2 de agosto de 2001). Sentencia C-814/01. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-836/01. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (19 de marzo de 2002). Sentencia C-198/02. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (19 de junio de 2003). Sentencia T-510/03. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (30 de octubre de 2003). Sentencia T-1021/03. [MP. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (17 de febrero de 2004). Auto 10/04. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (9 de noviembre de 2004). Auto 161/04. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355/06. [MP. Jaime Araújo Rentería-Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (4 de octubre de 2006). Sentencia C-820/06. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (7 de febrero de 2007). Sentencia C-075/07. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (3 de octubre de 2007). Sentencia C-811/07. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336/08. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (28 de enero de 2009). Sentencia C-029/09. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577/11. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (22 de septiembre de 2011). Sentencia T-717/11. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (1 de diciembre de 2011). Sentencia T-909/11. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (11 de abril de 2012). Sentencia T-276/12. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (26 de marzo de 2012). Sentencia T-248/12. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (12 de septiembre de 2012). Sentencia C-710/12. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (29 de octubre de 2012). Sentencia T-876/12. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2012). Sentencia T-918/12. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (7 de noviembre de 2013). Sentencia T-771/13. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (17 de febrero de 2014). Sentencia T-086/14. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (4 de julio de 2014). Sentencia T-444/14. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (9 de julio de 2014). Sentencia T-476/14. [MP. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2014). Sentencia SU-617/14. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2014). Sentencia T-622/14. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (3 de diciembre de 2014). Sentencia T-935/14. [MP. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2014). Sentencia T-804/14. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (18 de febrero de 2015). Sentencia C-071/15. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (10 de marzo de 2015). Sentencia T-099/15. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional. (18 de junio de 2015). Sentencia T-371/15. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

- Corte Constitucional. (3 de agosto de 2015). Sentencia T-478/15. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (12 de noviembre de 2015). Sentencia SU-696/15. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (26 de abril de 2016). Sentencia T-196. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (28 de abril del 2016). Sentencia SU-214/16. [MP. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2017). Sentencia T-675/17. [MP. Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional. (23 de abril del 2018). Sentencia T-143/18. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional. (12 de marzo de 2020). Sentencia T-105/00. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional. (21 de febrero del 2022). Sentencia C-055/22. [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo y MP. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional da vía libre a adopción gay en Colombia. (4 de noviembre de 2015). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16421486>
- Cover, R. (1983). The Supreme Court. 1982 Term- Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, (4).
- Cuentas, A. M. y Linares Méndez, A. (2013). *Guía Práctica de Diálogo Democrático*. SG/OEA, PNUD. <https://bit.ly/3OMLk3T>
- Curtis, M. K. (2003). Judicial Review and Populism. *Wake Forest Law Review*, 38, 313.
- Dahl, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory* (vol. 10). University of Chicago.

- De Rosas, A, J. (2019). Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la “novela en cadena” en Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho*, (47), 110.
DOI: <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2019n47a15>
- Diegues, J. A. (2016). El populismo constitucional. *Revista de la Facultad, VIIN* (2), 69-91.
- Domingo, T. (s/f). *Diálogo*. <http://www.mercaba.org/DicPC/D/dialogo.htm>
- Donnelly, T. (2012). Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*, 159.
- Durango Álvarez, G. (2006). El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría Habermasiana. *Opinión Jurídica*, 5(9), 13-32.
- Durango Álvarez, G. y Garay, K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Prolegómenos*, 18(36), 99-116. DOI: <https://dx.doi.org/10.18359/dere.936>
- Durán-Smela, D. (2011). Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común?. *Vniversitas*, (123), 169-201.
- Dworkin, R. (1977). *Los Derechos en serio* (M. Gustavino, Trad.). Ariel.
- Dworkin, R. (1981). The Forum of Principle. *New York University Law Review*, 56. 468-518.
- Dworkin, R. (1996). “*The Moral Reading and the Majoritarian Premise*”, *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2003). *La Virtud Soberana. Teoría y Práctica de la Igualdad*. Paidós.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press.
- Enriquez, P. A. (2015). *Justicia Constitucional y Democrática La Dificultad Contramayoritaria*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/9.pdf>
- Elster, J. (1995). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. FCE.

Elster, J. (2001). Introducción. En J. Elster (ed.), *La democracia deliberativa* (pp. 13-30).

Gedisa.

Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press.

Estlund, D. (2008). *Democratic Authority: A Philosophical Framework*. Princeton University Press.

Farrand, M. (1911). *The Records of the Federal Convention of 1787*. Yale University Press.

Ferguson, A. (1979). *Remarks on a Pamphlet Lately*. Dr. Price.

Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 17, 31-45. <https://bit.ly/3z8BqU6>

Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En *Constitucionalismo*. Trotta.

Ferrerres Comella, V. (2010). *El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática*. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 356-381). Trotta.

Ferrerres Comella, V. (2011). *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del tribunal Constitucional. Madrid: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos naturales*. Abeledo Perrot.

Fiss, O. (1976). Groups and the equal protection clause. *Philosophy & Public Affairs*, 107-177.

Forst, R. (2012). *The right to justification*. Columbia University Press.

Friedman, B. (1993). Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 577.

Friedman, B. (2002). Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, 101, 2597.

- Friedman, B. (2003). The importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. *University of Cincinnati Law Review*, 72, 1299.
- Friedman, B. (2004). The Cycles of Constitutional Theory. *Law and Contemporary Problems*, 67(3), 149-174.
- Friedman, B. (2009). *The Will of The People, How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shape the Meaning of the Constitution*. Farrar Straus and Giroux.
- Frankfurter, F. (2000). Disgrace. *The New Republic*.
- García-Jaramillo, S. y Gnecco-Estrada, F. (2016). La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, (133), 59-104.
<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>
- Gardbaum, S. (2001). The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *The American Journal of Comparative Law*, 49(4), 707-760.
- Gardbaum, S. (2010). Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 10-12.
- Gargarella, R. (1995). *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Miño y Dávila.
- Gargarella, R. (1997). Del reino de los jueces al reino de los políticos. *Jueces para la democracia*, (28), 24-28.
- Gargarella, R. (2005). Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1), 161-167.
- Gargarella, R. (2006a). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. *Perfiles latinoamericanos*, 13(28), 9-32.

- Gargarella, R. (2006b). El Nacimiento del constitucionalismo popular, sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer. *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, (112), 15-18.
- Gargarella, R. (2009). Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América. *Isonomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, (33), 7-34.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo 3. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2012). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En M. Lodoño (ed.), *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo* (pp. 15-30). Universidad de Medellín.
- Gargarella, R. (2013a). *Prólogo*. En A. M. Alterio y R. Niembro (eds.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica* (p. 13). Porrúa.
- Gargarella, R. (2013b). El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2). <https://bit.ly/3PypthK>
- Gargarella, R. (2014a). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2014b). 'We the People' Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, 67(1), 1-47.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI Editores.

- Gargarella, R. y Niembro, R. (Coords.). (2016). *Constitucionalismo Progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://bit.ly/3zvMwUE>
- González, J. (1930). *Derecho constitucional argentino*. University of California.
- González Jácome, J. (2011). *Constitucionalismo Popular – Erwin Chemarinsky – Richard D. Parker*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Gouch, J. W. (1955). *Fundamental Law in English Constitutional History*. Clarendon Press.
- Grice, P. (1975). *Logic and conversation*. In P. Cole & J. L. Morgan (eds.), *Syntax and semantics*. Academic Press.
- Gutmann, A. & Thompson, D. (1996). *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press.
- Günther, K. (s.f.). *Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalization as Challenge to Legal Theory*.
- Habermas, J. (1994). *Conciencia moral y acción comunicativa* (3ª ed.). Península.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez*. (M. Jiménez Redondo, Trad.). Trotta.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El Federalista* (2ª. ed.) (G. R. Velasco, Trad.). FCE.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (s.f.). *El Federalista* [libro electrónico].
<https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- Hermans, H. J. M. (2002). The person as a motivated storyteller: valuation theory and the self-confrontation method. In R.A. Neimeyer & G. J. Neimeyer (eds.), *Advances in Personal Construct Psychology* (pp. 3-38). Praeger Publishers.

- Hesse, C. (2001). Constitución y derecho constitucional. En *Manual de derecho constitucional*. Marcel Pons.
- Hogg, P. & Bushell, A (1997). The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, 35(1).
- Hogg, P. (2007). *Ley constitucional de Canadá*. Student Edition.
- Holmes, S. (2001). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y FCE.
- Iglesias Vila, M. (1999). *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. CEPC
- Jay, S. (1997). *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges*. Yale University Press.
- Jiménez, M. C. (2021). *El constitucionalismo procesal débil*. Tirant Lo Blanch.
- Kavanagh, A. (2003). Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, 22, 478-484.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la Justicia?* Ariel.
- Kende, M. S. (2006). Foreword. *Drake Law Review*, 54, 791.
- Kennedy, D. (2008). Freedom and Constraint. In *Legal Reasoning: Collected Essays*. The Davis Group. Aurora.

Kramer, L. (2001). The Supreme Court, 2000 Term- Foreword: We The Court. *Harvard Law Review* 115,4(15), 125-128.

Kramer, L. (2004a). Popular constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, 92(4).

Kramer, L. (2004b). *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press.

Kramer, L. (2005). Undercover Anti-Populism. *Fordham Law Review*, 73, 1344.

Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (P. Bergallo, Trad.). Marcial Pons.

Kuhli, M. & Günther, K. (2011). Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals'. *German Law Journal*, 12(5).

Laclau, E. (2013). *La razón populista*. FCE.

Lavín, J. M., Álvarez, E. y Mayorga, F. (2014). Deliberación y participación: senderos electrónicos. *Methaodos. revista de ciencias sociales*, 2(2), 171-181.

Leicester Ford, P. (1899). *The Writings of Thomas Jefferson*. Putnam's Sons.

Linares, S. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Lindsay, M. J. (2010). In search of "Laissez-Faire constitutionalism". *Harvard Law Review Forum*, 123.

López Medina, D. (2017). *El Derecho de los Jueces*. (2.^a ed.). Universidad de los Andes, Editorial Legis.

Madison. (1787). The Records if the Federal Convention of 1787 (vol. 1). In. Max Farrand (pp. 422- 423). Yale University Press.

- Mancha Romero, P. M. (2009). La justicia como equidad y el Constitucionalismo Popular: Aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer. *Revista de Derecho UNED*, (5), 253-286.
- Mann, W. (s.f.). *A Single Theory of Dialogue?* [libro electrónico]. <http://www-rdf.usc.edu/-billmann/WMLinguistic/One-Dialogue-Theory1.html>
- Mangabeira, R. (1996). *What should legal análisis become?*. Verso Books.
- Manin, B. (1987). On legitimacy and political deliberation. *Political theory*, 15(3), 338-368.
- Maraniello, P. (s.f.). MARBURY v. MADISON Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1803. *Patricio Maraniello*. <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madisno.pdf>
- Marbury v. Madison, 5 U. S. 137 (1803).
- Márquez, I. (2007). Comentario sobre el caso Verbitsky. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 8(2), 1-9.
- McIlwain, C. (1940). *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca. Cornell University Press.
- McGinnis, J. (2003). PRO: Rehnquist's Court Renewed Civic Virtus. *Time Magazine*, p. 24.
- Medrano, P. (2012). ¿Quién debe tomar las decisiones en una sociedad democrática?. *Revista de Derecho Público*, (28), 1-26.
- Meese, E. (1986). The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution. *S. Tex. L. Rev.* 27, 455-464.
- Michelman, F. (2000). Populist Natural Law (Reflections on Tushnet's Thin Constitution). *University of Richmond Law Review*, 34, 461.
- Michelman, F. I. (2006). Unenumerated Rights Under Popular Constitutionalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 121.

- Mill, J. S. (2003 [1859]). *On Liberty*. Dover
- Minow, M. (1987). Interpreting Rights: An Essay For Robert Cover. *Yale Law Journal*, 96.
- Møller Nielsen, N. (2000). *Counter Argument. In Defence of Common Sense* (Doctoral tesis).
Roskilde University, Roskilde,
Denmark. <http://diggy.ruc.dk/bitstream/1800/559/1/counterargument.pdf>
- Moore, W. D. (1990). *Written and Unwritten Constitutional Law in the Early Founding Period: The Early New Jersey Cases*. 7 *Const. Commentary*, 341.
- Moreno, D. (2005). Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *Teoría y Realidad Constitucional*, (16), 313-342.
- Muñoz, D. E. (2012). Aproximación al constitucionalismo popular. *Cognitio Juris*, 2(4), 32-39.
- National Archives. (s.f.). U.S. National Archives and Records Administration. *National Archives*. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Nebelsky, J. (1994). The puzzle and demands of modern constitutionalism. *Ethics*, 104(3), 500-515.
- Neblo, M. (2005). Thinking through democracy: between the theory and practice of deliberative politics. *Acta politica*, 40(2), 169-181.
- Niembro, R. (2013). ¿Qué es el Constitucionalismo Popular? En A. M. Alterio y R. Niembro (eds.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica* (pp. 3-33). Porrúa.
- Niembro, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa* (Tesis doctoral).
Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/43557/1/T39001.pdf>
- Nino, C. (1991). *The Ethics of Human Rights* Oxford University Press.
- Nino, C. (1996). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.

- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa* (R. Saba, Barcelo, Trad.). Gedisa.
- Oddvar, E. (2011). An Emerging European Public Sphere. In C. Ungureanu, K. Günther & C. Joerges (eds.), *Jürgen Habermas. T. II*. Cornwall.
- Ovares Sánchez, C. (2021). El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica. *Revista Derecho del Estado*, (49), 215-240. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.12>
- Parker, R. (1993). Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto. *Valparaiso University Law Review*, 27(3), 534.
- Parker, R. (2011). *Aquí el pueblo gobierna. Un manifiesto populista constitucional*. *Constitucionalismo Popular*. Siglo del Hambre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Parkinson, J. (2003). Legitimacy problems in deliberative democracy. *Political studies*, 51(1), 180-196.
- Patterson, S. (1981). The Roots of Massachussets Federalism. In R. Hoffman & P. J. Albert (eds.) *Sovereign Status in an Age of Uncertainty* (pp. 49-50). University Press of Virginia.
- Peabody, B. G. (2000). Coordinate Construction, Constitutional Thickness, and Remembering the Lyre of Orpheus. *Journal of Constitutional Law*, 2(3), 662-675.
- Peach, B. (1978). *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution*. Duke University Press.

- Petracchi, S. (s.f.). *Marbury v. Madison: (Crangh's Report – vol. 1 – P. 49)*. En *Lecciones y Ensayos No. 25*. Universidad de Buenos Aires.
- <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf>
- Perú. Defensoría del Pueblo. (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009 – 15028. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>
- Pocock, J. G. A. (1975). *The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*. Princeton University Press.
- Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, 59(1).
- Post, R. & Siegel, R. (2000). Equal protection by law: Federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel. *The Yale Law Journal*, 110(3), 441-526.
- Post, R. & Siegel, R. (2004). Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. *California Law Review*, 92(4), 1027-1043.
- Post, R. & Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, 373-433.
- Post, R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI.
- Post, R. y Siegel, R. (2017). La ira de Roe: El constitucionalismo democrático y el contraataque conservador (backlash). Traducción Santiago Vernaza y Felipe Yamín. *UNA Revista de Derecho*, 2.
- Pozen, D. E. (2010). Judicial elections as popular constitutionalism. *Columbia Law Review*, 110, 2047-2134.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.

- Pruitt, B. y Thomas, P. (2008). *Diálogo democrático. Un manual para practicantes*. IDEA Internacional, PNUD, ACDI, OEA.
- Puga, M. (2013). *Litigio estructural* (Tesis doctoral). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. <https://bit.ly/3zJdcRV>
- Quinche, M. F. (2013). *El control de constitucionalidad*. Editorial Universidad del Rosario.
- Quiñones, M. (30 de abril de 2017). Se reabre el debate por el referendo que limitaría la adopción. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/posiciones-sobre-el-referendo-sobre-adopcion-gay-83096>
- Rainer, F. (2012). *The right to justification*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1997). *The idea of public reason revisited*. University of Chicago Law Review.
- Rawls, J. (1999a). *The Law of Peoples*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999b). *Teoría de la justicia*. FCE.
- Rincón-Salcedo, J. G. (2008). La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular. *Vniversitas*, (115), 117-139.
- Rivera León, M. A. (2010). Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario. *Cuestiones constitucionales*, (22), 223-260. <https://bit.ly/3OTdmL6>
- Rosenberg, G. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* University of Chicago Press.
- Roa Roa, J. E. (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo*. Universidad Externado de Colombia.

- Romero-Mancha, P. M. (2009). La justicia como equidad y el constitucionalismo popular: aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (5).
- Romeu, V. (2018). *Buber y la filosofía del diálogo: Notas acerca de la comunicación dialógica*. Universidad Iberoamericana.
- Rousseau, J-J. (s. f.). *The Social Contract, Book III, Chapter XV*.
- Sager, L. G. (2005). Courting disaster. *Fordham Law Review*, 73.
- Sajó, A. (1999). *Limiting Government: An Introduction To Constitutionalism*. Central European Press.
- Sanín Restrepo, R. (2006). En nombre del pueblo: destruyendo a Marbury vs. Madison. *Criterio jurídico*, (6), 61-92.
- Sampson, E. (1993). *Celebrating the Other. A Dialogic Account of Human Nature*. Westview Press.
- Shklar, J. N. (1998). The liberalism of fear. In S. Hoffman (comp.), *Political Thought and Political Thinkers*. University of Chicago Press.
- Schor, M. (2010). *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy* (Research Paper). Suffolk University Law School.
- Siegel, R. B. (2001). Text in contest: Gender and the constitution from a social movement perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, 150.
- Smela, D. (2011). *Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular ¿cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitución del bien común?*. UNAM.
- Sunstein, C. (1987). Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, 101, 421-510.

- Sunstein, C. (1999). *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2001). *Designing Democracy What Constitutions Do*. Oxford University Press.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights*. Basic Books.
- Tomás y Valiente, F. (2004). La resistencia constitucional y los valores. *Doxa*, 15-16, 635-350.
<https://bit.ly/3bli9Hq>
- Tribe, L. H. & Dorf, M. C. (1992). *On reading the Constitution*. Harvard University Press.
- Tribe, L. H. (2004). The People Themselves: Judicial Populism. *New York Times*.
- Thompson, D. (1999). Democratic theory and global society. *Journal of Political Philosophy*, 7(2), 111-125.
- Troper, M. (1938). *La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución* (J. Ruiz Manero, Trad.). Biliboteca virtual Miguel de Cervantes.
- Tushnet, M. (1995). Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty. *Michigan Law Review*, 94(2), 245-301.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University
- Tushnet, M. (2003). Non-Judicial Review. *Harvard Journal on Legislation*, 40, 453-492.
- Tushnet, M. (2006). Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent Law Review*, 81, 991-1006.
- Tushnet, M. (2009). Weak Courts, Strong Rights. In *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2013). Prefacio. En A. M. Alterio y R. Niembro (eds.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. Porrúa.
- Turner, K. (1961). The Midnight Judges. *University of Pennsylvania Law Review*, 494.

- Turner, K. (1965). Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801. *The William and Mary Quarterly: A Magazine of Early American History*, 4-32.
- Uprimny, R. (2001). Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (ii parte). *Pensamiento Jurídico*, (14).
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39986>
- Unger, R. (1996). *What should legal analysis become?*. Verso.
- Varnum, J. (1787). *The Case, Trevett against Weedon (Providence)*.
- Velasco Arroyo, J. C. (2000). *La teoría discursiva del derecho. Sistema Jurídico y democracia en Habermas*. Centros Políticos Constitucionales.
- Velasco Castro, A. y Alfonso de González L. (2009). Una síntesis de la teoría del diálogo. *Argos*, 26(50), 100-114.
- Von Bogdandy, A. & Venzke, I. (Eds.). (2012). The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. In *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*. Springer.
- Waldron, J. (1990). Rights and majorities: Rousseau revisited. *NOMOS: Am. Soc'y Pol. Legal Phil.*, 32, 44.
- Waldron, J. (1993). A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 18-51.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y Desacuerdos*. Marcial Pons.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.

- Waldron, J. (2011). Constitutionalism: A Skeptical View, New York University School of Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper*, (10-87).
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*. Siglo XXI.
- Walton, D. (2000). The place of dialogue theory in logic, computer science and communication studies. *Synthese*, 123(3), 327-346
- Wittgenstein, L. (1988). *Investigaciones filosóficas* (U. Moulines y A. García Suárez, Trads.). Grijalbo
- White, M. (1989). *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*. Oxford University Press.
- White, M. (s.f.). *The Philosophy of the American Revolution*. Oxford University Press.
- Whittington, K. (2007). *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton University Press.
- Zurn, C. F. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge University Press.
- Zurn, C. F. (2009). A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review. In C. Ungureanu, K. Günther & C. Joerges (eds.), *Jürgen Habermas, discourse theory of law and democracy: from the Nation-State to Europe and the postnational constellation* (vol. 1) (pp. 292-293). Ashgate Publishing.