

La “dificultad contra-mayoritaria” en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa

INTRODUCCIÓN

Aledaño al discurso que evidencia los progresos presentados en el Estado moderno, gracias al advenimiento y puesta en marcha de la justicia constitucional, o si se quiere jurisdicción constitucional, aparece en forma constante el *sino* que cuestiona su legitimidad en razón de la denominada *dificultad contra-mayoritaria*¹.

La dificultad contra-mayoritaria² cuestiona entre otras, la falta de representación popular de los jueces constitucionales, su limitado número de miembros, su sistema político de designación, su forma “cerrada” de decidir, pero aún mas allá denuncia la usurpación o al menos intromisión de los jueces en las funciones del legislador y de manera recursiva anuncia la tenebrosa instalación del *gobierno de los jueces*.

Los voceros de la dificultad contra-mayoritaria insisten en forma constante en la ausencia de legitimidad de los tribunales o cortes constitucionales para determinar la validez o invalidez de la ley, cuando precisamente bajo el esquema dispuesto por un Estado democrático, la ley proviene del órgano que representa los intereses de la mayoría de los ciudadanos; que ha debatido la conveniencia o inconveniencia de la nor-

ma de manera abierta y bajo un procedimiento interno de mayorías.

Por su parte el *sino* de la discusión implica la consideración de un sector dominante de la doctrina constitucional en el sentido de que en los sistemas jurídicos en donde se ha instaurado la jurisdicción constitucional, se aumenta la efectividad del Estado en lo que a la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, se refiere, junto a la existencia de un contrapeso más equilibrado de los poderes públicos. La consolidación y verificación de estos beneficios, no obstante su perfil optimista, no consigue desvirtuar el permanente cuestionamiento sobre cómo una sociedad democrática puede justificar y autorizar a los jueces, que carecen de un mandato popular y por ende exentos de responsabilidad política, expulsar del ordenamiento jurídico las leyes expedidas por el legislador, llámese Parlamento o Congreso.

La discusión de la dificultad contra-mayoritaria constata la legitimidad de la que tradicionalmente ha gozado la rama legislativa y ejecutiva, evidenciando por su parte las limitaciones argumentativas a las que se ven abocados los defensores de la justicia constitucional al momento de

sostener su legitimidad, revelándose de manera inconclusa el problema de legitimidad ampliamente afianzada del legislador y aun en construcción de la justicia constitucional.

Si nos remitimos a los antecedentes de estas apreciaciones encontraremos que tradicionalmente la doctrina ha argumentado y defendido que el procedimiento legislativo se legitima en el sistema de mayorías bajo el que se soporta, con la más alta raigambre de la democracia representativa y cuyo sustrato básico se halla en el derecho a elegir y ser elegido. Por su parte, el sistema de la justicia constitucional le concede un poder excepcional a los jueces constitucionales cuando dentro de sus labores se encuentra controlar que la rama legislativa no se exceda en su poder de regulación de las normas constitucionales, respetando la distribución de competencias entre el legislador y el ejecutivo demarcada por la Carta suprema a la manera del caso francés³, o control del legislador como en el caso español⁴, o el de depurar todo el ordenamiento jurídico de violaciones a la Constitución como sucede en el caso colombiano.

Según el sistema de jurisdicción constitucional en que nos encontremos los reproches a la justicia constitucional presentarán un perfil diferente, es así como en Estados Unidos suele discutirse el sistema de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y su carácter vitalicio. En Francia el blanco de las críticas suelen encaminarse a la existencia de un control *anteriori* o previo de constitucionalidad que le ha costado ser desterrado al campo de los controles políticos de constitucionalidad⁵, mientras que en España la lentitud del proceso de la toma de decisión del juez constitucional limita las bondades que la justicia constitucional rinde en otras latitudes. No obstante, estas críticas son

características puntuales de los sistemas jurídicos que agudizan un poco más la crítica fundamental antes enunciada.

En el mismo contexto de la discusión se halla también la certeza de que una Constitución carente del control de constitucionalidad, entendido como el elemento nuclear⁶ de la justicia constitucional, es una constitución *herida de muerte*, parafraseando a Eduardo García de Enterría⁷. En efecto, el juicio de control de constitucionalidad opera como el catalizador entre los mandatos realizados por el constituyente originario, ya sea mediante una Asamblea Constituyente o referéndum o cualquier otro mecanismo similar que constituya la voluntad general de los ciudadanos⁸, y el desarrollo de los mismos por medio del parlamento como poder constituido.

La dificultad contra-mayoritaria concentra la discusión en las facultades entregadas legítimamente al legislador y su contrapartida al juez constitucional; denuncia así mismo en tono alto la politización de los jueces y la juridización de los políticos; marca las diferencias entre uno y otro poder, ya sea recurriendo a su naturaleza, o a sus finalidades; cuando enuncia la legitimidad de cada poder, lo hace en términos de lo legítimamente permitido al parlamento y legítimamente prohibido al juez; la creación válida del derecho por el parlamento y la negación o rechazo de esta misma facultad en manos de los jueces. En una constante contraposición entre lo arraigado frente a lo exógeno; lo permitido frente a lo prohibido.

Los discursos contra-mayoritarios ampliamente extendidos en Estados Unidos desde los mismos orígenes del control constitucional⁹ se ven reforzados con la introducción y extensión de este control a los países europeos, mientras que de manera notable, los países latinoamericanos que

gozan de un añejo sistema de control constitucional apenas si se preguntan sobre por qué los constitucionalistas europeos y americanos se debaten tanto sobre este punto¹⁰.

Ahora bien, sin embargo en países como Colombia, de una amplia tradición histórica del control de constitucionalidad, suelen presentarse cuestionamientos sobre la labor de la Corte Constitucional; aunque estas críticas se dirigen a la usurpación de poder al legislativo en razón de las sentencias condicionadas, integradoras o aditivas, y no sobre su legitimidad, tan fundamentada por una parte en la existencia de un mandato establecido por la misma Constitución.

Bajo la solución colombiana, la legitimación de la Corte Constitucional se halla en que esta Institución está establecida en la Constitución que proviene de un acto constituyente y su edecán obligado que es la superioridad de la norma constitucional, Norma de normas, sobre las demás fuentes de derecho. Cualquier tentativa de ir más allá cuestionando su existencia como órgano, en cuanto y tanto es creación del constituyente, parece de hecho una *perogrullada*, o si se quiere una obviedad.

En otras palabras, la controversia dentro del sistema colombiano no se dirige a cuestionar la legitimidad misma del control de constitucionalidad ni del órgano encargado de realizar este control, sino sobre cuáles son los límites en el ejercicio de este control, la naturaleza jurídica de la Corte Constitucional y las especiales particularidades del caso colombiano¹¹.

La convivencia del derecho colombiano con la justicia constitucional ha hecho que durante lustros, entre las universidades y academias, haya una familiarización con los conceptos de jerarquía constitucional y su guardián, pero también fuera de estos ámbitos, entre los mismos ciudadanos, se

entiende que la función de salvaguarda de la Constitución en manos de la jurisdicción constitucional no solo es legítima, sino que además es la *máxima* expresión de la democracia, encontrándose aquí una seria diferencia con los sistemas de justicia constitucional establecidos en Europa y Estados Unidos.

Ahora bien, tal vez la diferencia entre estas percepciones de la justicia constitucional en uno y otro ámbito, es decir, que en ciertos países de Europa¹², Estados Unidos y Colombia se encuentre no en las funciones que desarrolla la jurisdicción constitucional en uno y otro país, puesto que se trata de la misma; "el control judicial de la ley" entonces, a mi modo de ver, siendo el objeto propio de este trabajo, el asunto se enfatiza en la siguiente pregunta: ¿Existe una dificultad contra-mayoritaria en el caso colombiano? ¿O bien ella existe pero, las particularidades del caso colombiano como acción pública de inconstitucionalidad logra efectivamente diseminar tal dificultad? Posiblemente las respuestas a estas preguntas sean las que logren determinar el distanciamiento doctrinal con el debate europeo y americano.

1. La dificultad contra-mayoritaria. Europa y Estados Unidos

La discusión europea ha dirigido sus esfuerzos al análisis, racionalización y resolución de la incompatibilidad entre la jurisdicción constitucional y la objeción democrática¹³. Ferreres en su libro *Justicia Constitucional y Democracia*¹⁴ consigue con una claridad inusual explicar dos aspectos que considero relevantes para el presente estudio. El primero es desvirtuar las tendencias que pretenden otorgar el carácter de irrelevante a la cuestión de la objeción democrática en contra de la justicia

constitucional. La segunda es que cuando nos referimos a la objeción democrática debemos entender que nos referimos a un tipo de democracia en concreto y no al concepto genérico de democracia, es decir, la objeción democrática hace una defensa de la democracia representativa y lo que ella implica.

La precisión del concepto de democracia adquiere un valor fundamental en esta discusión, puesto que de ella pueden derivarse serios malentendidos. A fin de no sumergirnos en una larga discusión sobre el concepto de democracia, intentaré separar del género una de sus especies, es decir, el género es la democracia desprovista de todo adjetivo y como simple definición podríamos limitarnos a *el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*; si nos circunscribimos a esta precaria definición, que sin duda dejará descontento a más de uno, lo haremos con el único fin de tomar una base conceptual tradicionalmente admitida y de alguna manera más digerible para avanzar en nuestro análisis. Sin embargo, lo que aquí me interesa no es la definición misma de democracia, sino justo en la medida en que ella nos es útil para pasar a una de sus especies, como es la democracia representativa (entendiéndola como el *trámite de las mayorías*), la cual es enarbolada como la primera perjudicada de la instauración y puesta en marcha de la justicia constitucional.

Ahora bien, lo que algunos autores resaltan no es el significado de la democracia representativa sino la *procedimental*; me explico: frecuentemente hay una sobrevaloración de las formas y ritualidades asimiladas a raíz de la extensión de la democracia representativa, el *trámite* de mayorías, elevándose a primer renglón la elección, la votación, es decir el procedimiento para obtener la mayoría, mas no

se demanda por su eficacia, ni las contingencias sociales que permiten el acceso de un mismo sector poblacional a la representación de los otros, o a la misma apatía política que acompaña al estado de bienestar en las sociedades consolidadas democráticamente.

Prefiero utilizar el termino democracia *procedimental* puesto que la democracia representativa es mucho más que el procedimiento de votación a disposición ya sea del pueblo o de sus representantes. Pero este asunto lo retomaremos más adelante.

Ackerman, por su parte, propone una tercera vía que no intenta ni *desacreditar* la discusión, ni *resolverla*, presentando en cambio un planteamiento que busca *disolverla*¹⁵. Esta tercera vía se fundamenta en que el control de constitucionalidad no entraña un problema fundamental de legitimidad, ya que lejos de oponerse o constituir una alternativa a la práctica democrática, es en sí mismo una forma de práctica democrática. Con esta visión la dificultad contra-mayoritaria como *sino* de la justicia constitucional, pasa a ser la *democracia procedimental* propia del sistema representativo como *sino* de la justicia constitucional.

La renuncia de Ackerman a la resolución de la dificultad contra-mayoritaria se halla en que para él la justicia constitucional se incluye dentro de la democracia, en el sentido de que no antagoniza con ella, sino que la refuerza. Pero esta inclusión carece de un soporte argumentativo concluyente. Ackerman plantea el problema de la dificultad contra-mayoritaria en términos generales, es decir, como un problema compartido doctrinalmente en las democracias occidentales donde se ha estatuido la jurisdicción constitucional, pero para disolverla, nos remite al debate local de la justicia constitucional estadounidense que no se compeadece con las realidades constitu-

cionales fuera de su país, como es una Constitución extremadamente rígida y su casi imposible reforma, para lo cual el problema general de la dificultad contra-mayoritaria pasa a ser el problema local estadounidense de la *dificultad intertemporal*¹⁶, término que usa el mismo autor y que focaliza la discusión en las singularidades del sistema estadounidense.

Para resolver la dificultad intertemporal Ackerman propone la utilización de una vía alternativa de reforma, que denomina extratextual o informal, y que pese a las implicaciones del termino *informal*, no deja de ser normativa, ya que Ackerman plantea que este proceso de reforma debe agotar cuatro pasos, que son: ostensión, propuesta, deliberación y codificación, etapas detalladamente presentadas en su teoría de la *política constitucional*¹⁷.

La inclusión de Ackerman en esta presentación nos ayuda, sin embargo, a proyectar los límites de mi argumentación, en el sentido de que si bien la dificultad contra-mayoritaria forma parte ya del acervo doctrinal de derecho comparado constitucional, el sistema colombiano había permanecido marginado de la discusión, paradójicamente guardando una respuesta a la pregunta aún no planteada.

En otras palabras, el sistema colombiano, gracias a sus particularidades, puede ofrecer una herramienta más que de resolución de la dificultad contra-mayoritaria, de *neutralización* de sus críticas. Ahora bien, tal como he presentado el problema, parece que la justicia colombiana posee el remedio para una enfermedad que desconoce, precisamente porque fue vacunada desde sus orígenes.

Con miras a poder introducirnos en la discusión propongo entonces determinar dos elementos que favorecen la aparición y sostenimiento de la argumentación de la dificultad contra-mayoritaria:

Condiciones propicias al reforzamiento de la teoría de la dificultad contra-mayoritaria

Dos son los elementos que ambientan la crítica contra-mayoritaria: 1. La negación del poder creador del derecho por parte de los jueces o su necesaria justificación. 2. La hermenéutica constitucional.

Negación del poder creador del derecho a los jueces

Otorgarle a la constitución *formal* la fuerza normativa de la que carecía, comprometía la creación y puesta en marcha de herramientas suficientes para dotarla de eficacia y someter mediante sus proposiciones no solamente a los ciudadanos, sino a todas las autoridades estatales, incluyendo, por supuesto al hacedor de las leyes, al parlamento. Estableciendo un límite jurídico a todos los poderes.

Estos límites a la labor del parlamento, claros hoy día, sufrieron un lento proceso de aceptación en Europa, en donde la resistencia al establecimiento del control de constitucionalidad de la ley, se fundamentaba en la falta de legitimidad de las constituciones en el siglo XIX entendidas como meras concesiones del rey al pueblo –Cartas otorgadas– maleables a los deseos del soberano¹⁸. Por el contrario, la confianza del pueblo se depositaba en el parlamento, en el entendido de que la instauración de un cuerpo colegiado dedicado al debate y creación de las leyes, cuya elección de sus miembros correspondía al pueblo (mediante la instauración del voto censatario que evolucionaría al sufragio universal y secreto) y el derecho a ser elegido conformaba una de las grandes conquistas del pueblo en Europa.

En Francia, la tradición histórica de regímenes democráticos de la III y IV República excluyen la existencia de un control jurisdiccional de la ley, posición defendida por los grandes teóricos del derecho público de la época, entre ellos Raymond Carré de Malberg, quien expone en dos volúmenes de *La contribution à la théorie générale de L'État (1920-1922)*, la sacralización de la ley y la desconfianza en los jueces como grupo especializado.

El estado de cosas que rodean de credibilidad del parlamento se acentúa por el vínculo latente entre los jueces y el poder ejecutivo, que hace sospechosa su actuación frente a los ojos de los ciudadanos.

Cappelletti en un excelente trabajo de derecho comparado, titulado *Quis Custodes Custodiet? Qui nous protégea contra ceux qui nous protègent?*¹⁹ consigue sumergirse en las dificultades propias de la función judicial y nos ofrece la respuesta clara sobre la pregunta del origen de la desconfianza en su labor. En efecto, para este autor, la inmunidad de los jueces y su independencia son en sí conceptos ambiguos, compuestos de aspectos múltiples, y que, al igual que para el principio de la autoridad de la cosa juzgada, se trata de valores variables, no teniendo un carácter absoluto.

Es así como la justificación esencial y tradicional dada al principio de independencia de los jueces, ha sido que los jueces debían ser independientes de las ramas políticas del poder, y más particularmente del *poder ejecutivo*. Y es sencillo ver que, mientras que la razón por la cual el principio de no responsabilidad de los jueces ha sido reconocida en Francia y en otros países hasta una época reciente, esto ha sido gracias, principalmente, al hecho de que la actividad jurisdiccional dependía del poder ejecutivo, en la medida en que éste controlaba su integración, es decir, la

nomiación de sus miembros, promoción y establecimiento de sanciones disciplinarias.

La no responsabilidad de los jueces tenía como contrapartida, en un cierto sentido, una responsabilidad ante el gobierno. En consecuencia, la no responsabilidad de los jueces no está necesariamente ligada al principio de su independencia. Una gran dosis de irresponsabilidad puede estar acompañada de una gran medida de responsabilidad en sus relaciones con el gobierno, o viceversa. No es de extrañar entonces por qué Coke declaró sin miramientos «qu'assure le caractère définitif et incontestable des jugements est le premier des objectifs que vise, dans un intérêt public, la doctrine d'immunité juridictionnelle»²⁰.

En la misma época que Coke afirmaba esto, en Inglaterra existía un cuerpo judicial que estaba bajo el poder del monarca, como de hecho lo fue durante más de 600 años. Como regla general, los jueces ejercían su función *durante beneplácito nostro* hasta 1648; esto será cambiado porque todos ejercen sus funciones *quamdiu se bene gesserint*. Esta modificación no fue consagrada por una ley votada por el parlamento sino en 1761, en que la fórmula fue empleada en el *Act of Settlement*.²¹

La relación juez-monarca, y posteriormente, juez-ejecutivo, le proporciona a la judicatura, por una parte, una dependencia política, y por otra, al pueblo una sensación de control. Mientras que en sentido inverso la independencia judicial proporciona al pueblo una garantía de decisión jurídica, pero ausente de control, con unos métodos distantes del saber popular, y un hacer sensible a los subjetivismos que pueden alterar la voluntad del parlamento. Estos dos factores expuestos, confianza en el parlamento y desconfianza en los jueces, configuran el marco perfecto para postergar

la entrada del control de constitucionalidad en Europa, en concreto con más de un siglo de diferencia respecto a su instauración en los Estados Unidos de América.

En Estados Unidos el proceso surtido fue abismalmente diferente; como es bien sabido, el contexto en el que se gesta el nacimiento del control de constitucionalidad está marcado por la presencia de un poder distante, la Corona inglesa, que por medio de leyes extiende su despotismo y niega los derechos naturales a los que tienen derecho los hombres, de acuerdo a las ideas divulgadas por Locke y Coke. El derecho natural que reclamaban los independentistas americanos se encontraba en un nivel superior al derecho positivo²². La ley ordinaria, entonces, no se encuentra sacralizada a la manera europea, sino que por el contrario es sospechosa, porque puede ser viciada. Por ello deben existir unas normas básicas, normas de normas, que recojan el acuerdo popular y que deban ser guardadas y protegidas por todas las autoridades. La Constitución de los Estados Unidos nace legitimada por el consenso y aceptación de que goza desde su origen. Pero no es suficiente con expedir una norma superior, si esta puede ser inobservada, desconocida o cambiada por el gobernante de turno. Como bien lo destaca García de Enterría, la gran aportación estadounidense *será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento*²³.

Pero como es bien sabido, no será sino hasta la célebre decisión del juez Marshall en 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, cuando se abrirá la gran puerta del control de constitucionalidad en Estados Unidos²⁴.

Ahora bien, el nacimiento del control de constitucionalidad en Estados Unidos es la obra de hecho de un juez que faculta a su vez a todos los jueces estadounidenses para

que dejen de aplicar una ley, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos como representación del pueblo, cuando consideren que la misma es contraria a la Constitución.

De tal suerte que la defensa estadounidense primaria a las críticas contramayoritarias al control de constitucionalidad se basan en que la labor de todo juez es proteger y verificar que la norma constitucional continúe siendo la norma suprema, en relación a las otras normas jurídicas, es decir, que no sea modificada por el parlamento: evitar la reforma de la Constitución por procedimientos no permitidos por la misma Carta suprema.

En aras de preservar las vías constitucionales establecidas de reforma constitucional, especialmente cuando nos referimos a una Constitución prototipo de la rigidez como es la estadounidense, el control de constitucionalidad se fundamenta en darle continuismo a la prevalencia del poder constituyente sobre el poder constituido.

No hay que olvidar que uno de los argumentos frecuentemente expuestos para dramatizar las diferencias entre la incorporación precoz de la justicia constitucional en Estados Unidos y un poco tardía en Europa, ha sido el argumento de la rigidez de la Constitución estadounidense frente a las europeas del siglo XIX.

La rigidez de la Constitución se predica de la dificultad del trámite de reforma constitucional, es decir, del acto de revisión, que entraña así mismo la resistencia de la norma constitucional a ser alterada o modificada mediante el trámite propio de la ley, exigiendo en razón de la propia jerarquía de las normas un trámite riguroso y con mayorías superiores a aquellas que generalmente son adecuadas para la reforma legal. Por lo tanto, la instauración de una Constitución rígida manifiesta en primera instancia

el deseo de conservar la Constitución, de hacerla perpetuar en el tiempo.

La intención de reducir las vías y procedimientos de reforma constitucional se traduce en el anhelo de preservar, mantener el pacto constituyente, el acto fundador que recoge el gran *consensus* popular, y que sólo puede ser modificado si se consiguen las mismas proporciones mayoritarias; pero también la idea de rigidez constitucional encierra la ambición de estabilidad del Estado y de las instituciones que lo componen.

No olvidemos que para una parte no subestimable de la doctrina constitucional la asociación entre acto constituyente y Revolución está aún bastante arraigada; por lo tanto, si una vez conseguimos el *consensus* con el paso obligado de la revolución, con todo lo que este término implica, hay que intentar preservarlo y extenderlo el máximo de tiempo posible²⁵.

También la rigidez constitucional, al albergar el deseo de estabilidad del pacto fundador, genera un ambiente propicio para la instalación de un control de constitucionalidad con miras a preservar la obra del poder constituyente, fijando de esta manera una jerarquía afianzada de las normas en razón del procedimiento de reforma y las mayorías que lo validan.

Pero tal vez la idea de preservación del pacto fundador a través de varias generaciones sea aún más reciente; en sus orígenes el deseo de preservar la obra constituyente tal vez solo alcanzaba el de separar la obra popular de la de aquellos que poseen el poder y que pueden falsear, minimizar o reducir la obra del pueblo.

La rigidez de la reforma constitucional entraña sin duda una desconfianza del pueblo en la integración del parlamento representante de la burguesía, en el caso estadounidense, y quien verifica que el

mandato popular del constituyente se cumpla es el juez; mientras que en cambio en Europa el parlamento es la conquista del pueblo y los jueces en tanto que siguen vinculados al monarca o al ejecutivo son sospechosos; en consecuencia, hay que vigilarlos para controlar que no alteren lo conseguido en el parlamento. La pregunta obligada es ¿por qué si el control de constitucionalidad nace en Estados Unidos por obra de los jueces y si ellos están allí para velar por el cumplimiento de la Constitución, el pacto supremo sobre la ley, cómo en este ambiente nace la dificultad contra-mayoritaria?

Porque la rigidez constitucional al preservar un texto constitucional por más tiempo, le concede al Juez Constitucional un mayor activismo a fin de adecuar un texto anciano a las nuevas realidades que se presenten, pese al paso perenne del tiempo y de sus consecuentes cambios sociales.

La rigidez de la Constitución estadounidense, pues, ha sido también considerada como un aspecto que favorece la actividad judicial, y que simultáneamente alimenta la objeción democrática en razón de la débil legitimidad de los jueces para determinar qué dice el texto constitucional teniendo en cuenta la distancia temporal, entre los mandatos de los constituyentes y la interpretación de éstos. En otros términos, cuanto más rígida sea una Constitución, más problemático será dar al juez constitucional la última palabra acerca de que dice esa Constitución, permitiéndole declarar inválida una ley si no se ajusta a lo que él considera es la interpretación correcta del texto constitucional²⁶.

Hermenéutica jurídica constitucional

El tema de la interpretación jurídica ha sido un aspecto de la teoría del derecho

que se puede considerar privilegiado, en el sentido de ser un asunto constantemente favorecido por la mirada atenta y sucesiva de los doctrinantes, no sólo del derecho sino adicionalmente de las ciencias sociales cercanas como la filosofía y sociología jurídica, quienes se han visto atraídos por el fenómeno de la interpretación jurídica, produciendo una «littérature juridique luxuriante»²⁷.

En el específico asunto que nos interesa, la interpretación ya no del derecho en general sino de la Constitución entendiendo que los preceptos constitucionales poseen serias diferencias con el resto de la legislación²⁸ para lo cual evocaré solamente dos de ellas: 1. Los textos constitucionales son más breves y generales, es decir, gozan de una cierta indeterminación. 2. Poseen una textura abierta²⁹.

Estas dos características obedecen, a su vez, a las bondades propias de la “gramática” constitucional y la que permite su maleabilidad para afrontar situaciones que no se han previsto en el momento de su elaboración, por mas proyección de futuro que tengan sus creadores. Es decir, la intención de estabilidad y permanencia del texto constitucional, entre otras razones, es uno de los motivos que fuerza su redacción con formulas genéricas y moralmente ambiciosas.

Las declaraciones genéricas de valores³⁰ como la igualdad y justicia, son postulados obligados de las constituciones que permiten dotar de sentido la existencia de un Estado, pero cuya abstracción es enorme. También, una razón ineludible de cierta amplitud del texto constitucional, se halla en la declaración y desarrollo en materia de derechos fundamentales y su pretensión de eficacia en los estados modernos; catálogo que en su aspiración garantista robustece la labor de interpretación, pasando de ser una acti-

vidad marginal, acusada de arbitraria, al centro del derecho constitucional y de la justicia constitucional.

Previa a toda aplicación de la norma existe una interpretación, de tal manera que la interpretación es un pasaje obligado para el operador jurídico. La ineludibilidad de la interpretación para la aplicación supone que forzosamente, independientemente del texto frente al que nos encontremos, el aplicador es previamente intérprete; pero hay textos más abiertos a varias interpretaciones y otros más restrictivos. Como lo afirmábamos previamente, los textos constitucionales poseen una textura abierta, con un *núcleo duro de significado* y un *área de penumbra* que favorece la existencia de un abanico de posibilidades interpretativas. Sin embargo, la multiplicidad de posibilidades no implica su infinitud. Las alternativas interpretativas surgen de un proceso de evaluación, que permite determinar las opciones, y un proceso decisional, que permite al intérprete escoger aquella que satisface en mayor medida las exigencias de una interpretación conforme.

Si hay varias posibilidades, está claro que habrá mejores interpretaciones que otras, más adecuadas según el sistema de valores de la misma Carta, con menos externalidades negativas, con menos costos sociales y económicos, acordes con la jurisprudencia precedente o que reconoce el cambio de la misma, más convincentes, o lo que es lo mismo, más defendibles y menos contestables.

Admitir que hay mejores interpretaciones en plural enfatiza que existe una potencialidad de múltiples buenas respuestas; es decir, son posibles o no muchas resoluciones adecuadas, pero lo que sí se excluye es que siempre haya una única buena respuesta.³¹ Su contrapartida es que la pluralidad de posibilidades demanda del intérprete aumentar

la capacidad argumentativa y persuasiva para expresar por que prefirió esta interpretación en vez de las otras.

En la interpretación constitucional existe una evaluación que se realiza en dos niveles: en primer lugar de la norma sometida a control constitucional, y luego la de la norma constitucional, la compatibilidad de ambas interpretaciones determinará su posterior decisión de conservación de la norma o su expulsión; o también existe la decisión intermedia, que es condicionar la constitucionalidad de la norma.

Ahora bien, el asunto es que las características propias de la norma constitucional que rodean su interpretación en una esfera subjetiva y la situación peculiar de su máximo interprete como son los tribunales constitucionales, es también un elemento que añade fortaleza a las objeciones planteadas por los defensores de la dificultad contra-mayoritaria.

Las críticas de la dificultad contra-mayoritaria toman acento grave cuando denuncian el riesgo de que el interprete constitucional altere, cambie o modifique el sentido de la norma tanto legal como constitucional cuando realiza su labor interpretativa, ya sea cuando llena de contenido tanto el armazón axiológico constitucional como los derechos fundamentales.

Ya el simple hecho de que el juez constitucional se encuentre facultado para expulsar la norma considerada inconstitucional generaba críticas al interior de los líderes de la dificultad contra-mayoritaria. Aunque esta labor encajara aún en él los postulados positivistas y su finalidad fuera tan defendible. Ahora bien, la introducción de las sentencias condicionadas en manos de los altos tribunales constitucionales se ha convertido en el ojo del huracán que da nuevos componentes a la objeción democrática.

Por su parte, los defensores de la justicia constitucional son conscientes de que los tribunales constitucionales, al carecer de una legitimidad de origen³² sólida, se juegan o más bien se ganan su legitimidad en cada decisión que toman, siendo más vulnerables a la aceptación o rechazo de sus decisiones por el conjunto de la sociedad. Pero curiosamente esa visibilidad debe ser también proporcionada por el mismo Tribunal Constitucional al comprometerse a jugar limpio, es decir, al dotar de transparencia sus fallos, con una argumentación sin lenguajes turbios e inaccesibles, y especialmente sin triquiñuelas, es decir, que no esconda en argumentaciones artificiales, intereses ocultos o preferencias discrecionales que carecen de argumentación; que sea rigurosa en el seguimiento de su doctrina, que la conozca y reconozca cuando la cambie; en otras palabras, la argumentación es la herramienta que permite que se viabilice la capacidad de observación por el conjunto de la sociedad.

2. *El peligro de las mayorías y sus paliativos*

Hasta aquí hemos presentado algunos de los reproches fundamentales realizados por los defensores de la democracia a la instalación o puesta en marcha de la justicia constitucional y más exactamente del control de constitucionalidad en el mundo jurídico. Como veíamos líneas arriba, las críticas del déficit democrático se han desarrollado en forma diferente en dos ámbitos igualmente distintos como es el estadounidense y el europeo, teniendo en cuenta factores políticos (existencia o no de monarquías consolidadas), sistemas jurídicos distantes (*commun law*, *derecho germano-románico o continental*) e históricos; la visión del parlamento sacralizado

prosperó, entonces, en forma más acentuada en Europa que en el continente americano.

Mientras que en Europa el sistema de mayorías al simbolizar el triunfo del pueblo frente a la monarquía fue acogido sin reservas, en Estados Unidos, en el momento mismo de la fundación de la república, ya se contemplaba que el dominio de las mayorías también podía refugiar algunos riesgos, como es *el peligro de las mayorías*.

En este sentido resulta elocuente descubrir que el *peligro de las mayorías* había sido tempranamente vislumbrado en los mismos inicios de la democracia liberal, cuando en su momento escribe James Madison (1751-1836) en *El Federalista*, N^o x, sobre el peligro de los gobiernos populares, el gobierno de las mayorías.

En este documento, Madison no se conforma con presagiar las debilidades de la democracia liberal, ineludibles porque el mismo sistema las propicia, como es la estabilidad política de las facciones, la mayoritaria; sino que también ofrece sus paliativos, mediante dos fórmulas: la primera se basa en el gobierno representativo, que reduce los riesgos de las democracias puras al introducir la elección de un cuerpo colegiado competente para viabilizar las demandas populares teniendo en cuenta los verdaderos intereses del país; la elección periódica y su responsabilidad minimiza las posibilidades de que los gobernantes abusen del poder o persigan únicamente sus intereses particulares. Como segundo atenuante, propone la forma política del estado federalista, que supone otra forma de control³³, junto a la clásica distribución de las tres ramas del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial).

Democracia representativa

Esta versión de la democracia representa-

tiva, en ocasiones más liberal o más republicana, entraña las ideas básicas arraigadas sólidamente en los estados modernos. La percepción de que el poder del pueblo se encuentra en que finalmente el elector conserva la facultad de premiar o castigar con su voto al gobernante (la zanahoria y el garrote), y en la medida en que los ciudadanos controlan su reelección, el gobernante está sometido al poder del pueblo. Así mismo, el gobernante es políticamente responsable hasta el punto que los ciudadanos pueden eventualmente excluirlo del ámbito político. Posiblemente los ciudadanos puedan errar en la elección del gobernante, pero gozan del privilegio de excluir al responsable del mal gobierno.

También se inserta la teoría de la separación y distribución de los poderes públicos, donde cada uno disfruta de independencia respecto a los otros, con competencias exclusivas y excluyentes: legislar, ejecutar la ley y gobernar. La separación de poderes garantiza el autocontrol por parte del mismo Estado. Este modelo de Estado funciona como una pieza de relojería perfecta en la que cada una de sus partes encaja con las otras sin entorpecer su labor ni acumular las que no le pertenecen, en un engranaje excelso y mítico.

La representación política intenta superar los inconvenientes del antiguo problema de la democracia pero en su tentativa correctora genera un problema enteramente nuevo el del *despotismo electivo*. Me explico con las mismas palabras del *Federalista*: «La concentración de [todo el poder] en las mismas manos es precisamente la definición de gobierno despótico. No será ningún alivio que estos poderes sean ejercidos por una pluralidad de manos, y no por una sola. Ciento setenta y tres déspotas serían ciertamente tan opresivos como uno [...] De nada nos valdrá que hayan sido elegidos por

nosotros. Un *despotismo electivo* no fue el gobierno por el que luchamos»³⁴.

Sin duda estas palabras poseen un asidero fuerte: los gobiernos populares poseen una tendencia a perpetuar en el poder a los mismos miembros, que representan ciertos intereses y que en ocasiones, no tan excepcionales, también son corruptos. El ideal del pueblo que elige conociendo las opciones y seleccionando aquélla que representa sus verdaderos intereses, ha sido superada por la experiencia de las dos guerras mundiales y la aplastante evidencia de que las mayorías no son infalibles: son irracionales, manipulables y pueden llegar a autonegarse sus propios derechos.

Por otro lado, la separación e independencia de los poderes públicos propone que estos actúen en forma autónoma sin la intervención arbitraria de los otros, pero *ligados*.

La evolución del Estado tiende a una repartición de las labores, no en forma exclusiva sino *funcionalmente* compartida, en donde cada rama colabora consecutivamente en un trámite que en principio pertenece a un poder público. Piénsese en la elaboración de la ley en un Estado como el colombiano; el proyecto de ley puede provenir de la rama judicial (artículo 156 de la Constitución Política) su aprobación por el Congreso (artículo 150 constitucional) sanción por parte del jefe del ejecutivo (artículo 189-9 constitucional) cuya función no es protocolaria, ya que el presidente posee la facultad de objetar la ley por inconveniencia política o dudas de inconstitucionalidad (artículos 165/166) posteriormente, según el caso, continuará el control ante la Corte Constitucional (artículo 241). Está claro que la labor de legislar corresponde al Congreso, pero entre el inicio del trámite legislativo y la publicación del texto aprobado colaboran todas las ramas del poder público.

Esta colaboración debe, por ende, ser ordenada por la misma Constitución, que a la vez demarca los linderos de la actuación de cada rama del poder público, evitando confusiones y conflictos de competencia. Pero la idea sobre la cual quiero insistir es que, si en el siglo XVIII la separación y distribución de poderes dentro del Estado, como Estado-juez, Estado-ley, Estado-ejecutor, implicaba una autonomía exclusivista, y suficiente para evitar el abuso de poder; en el Estado contemporáneo no se trata de una separación hermética, sino de un sistema que demanda la colaboración y armonía entre las ramas y que permite el bloqueo entre ellas³⁵. La colaboración entre ramas resulta hoy una exigencia para la eficacia de un Estado cada vez más complejo y estructurado.

Esta complejidad implica que la división de poderes continúa siendo una garantía de control al poder, que se refuerza por la colaboración inter-ramas para el desarrollo de las tareas del Estado. La entrega de un poder unitario a una misma rama radicaliza la autoridad, ese Estado-legislador autónomo en su reino de formación de las leyes que excluye cualquier otra participación de otros es un nicho propicio para la corrupción. Cuando la labor se entrega principalmente a un órgano y es controlada por los otros, se aumenta el control endogámico del Estado que, mientras vigila, se siente observado, cuestionado por los otros poderes de manera similar al más sofisticado panóptico.

Estado federal

Ahora bien, la segunda herramienta presentada por Madison como paliativo a los sistemas populistas en los que degeneran las democracias puras es el Estado federal, también creación del constituyente estadounidense.

El asunto es que el Estado federal es una garantía de distribución del poder y autocontrol del Estado, pero el modelo genera también tensiones en relación a cual es la competencia de cada unidad político-territorial, de tal suerte que hay que acudir a otro órgano independiente que dirima los potenciales conflictos competenciales haciendo cumplir lo pactado en la Constitución.

Es así como en principio el origen de los controles de constitucionalidad aparece notoriamente relacionado a ámbitos propios de un estado federado, en donde las tendencias unificadoras deben conciliarse con los particularismos de los estados que lo componen. Como atenuante de estas tensiones, surge la necesidad de hacer efectiva la supremacía de la norma estatal, sinónimo de unidad frente a la federal, que por su carácter plural es vista como desintegradora³⁶.

La tensión entre el centro y la periferia con una finalidad clara como es la unidad, determina el curso inicial del control de constitucionalidad bajo dos realidades distintas como son Estados Unidos y Europa continental.

Aragón Reyes deja claro que no es una mera coincidencia que la justicia constitucional apareciese en un Estado federado, los Estados Unidos de América, y se extendiese, ya en Europa, a otros estados (Austria, España en la Segunda República, Italia, la República Federal Alemana) igualmente compuestos³⁷.

Es Suiza el primer país de Europa que, al establecer un sistema confederado en la Constitución de 1874 y en aras de aplicar la supremacía de la Federación sobre los cantones, le otorga la función de anular las leyes cantonales a una Sala del Tribunal Supremo. Esta cláusula de prevalencia del derecho federal es un esfuerzo por man-

tener la unidad contra las fuerzas centrífugas de los cantones; sin embargo, este control no alcanza a configurar un control de constitucionalidad en cuanto se limita a un control de *federalidad*.

La técnica se extenderá luego por varios países europeos como Alemania y Austria. Vale la pena resaltar que este último país no se conforma con establecer el control de constitucionalidad a las leyes federadas, y junto a la anulación de las leyes de los *Länder* agrega a la vez una garantía a la correcta distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*, permitiéndose la anulación de las leyes federales, si estas resultaban contrarias a lo establecido en la Constitución, introduciéndose un control constitucional sobre las leyes, independientemente de la autoridad territorial que la expediera, ya fuere federal o estatal³⁸.

Posiblemente en sus inicios las pretensiones de los sistemas de control de constitucionalidad no abarcaban más que la preservación de la unidad, la integración y la consolidación de la federación; sin embargo, hoy día la evolución de los controles de constitucionalidad nos permite afirmar que el control de constitucionalidad es el armazón y fundamento básico de la justicia constitucional y en consecuencia del moderno Estado constitucional y democrático de Derecho.

Este denominador común europeo que significa el compartir un modelo de Estado federalista, no obsta para que sea ineludible la vinculación entre federalismo y justicia constitucional, aunque sí un medio que propicia su gestación, y hago esta aclaración porque en países unitarios pero descentralizados administrativamente, como son en la misma Europa, Francia, y en Latinoamérica, como es el caso de Colombia pese a poseer una distribución de competencias territoriales diferentes han convivido una

consolidada tradición de justicia constitucional y simultáneamente un marcado centralismo. La explicación a esta excepcionalidad tal vez pueda hallarse en que múltiples son las razones que propician un sistema de control de constitucionalidad.

Estado unitario y justicia constitucional

Los paliativos presentados en el punto anterior a los peligros de las mayorías, como son la democracia representativa, la separación de poderes y el federalismo; no se compadecen con la realidad y evolución misma de la democracia en el mundo ni tampoco agota las posibilidades de neutralización de sus peligros; pero aún mas allá de esta afirmación, quiero destacar que efectivamente las fórmulas que intentan neutralizar los peligros de la mayoría al mismo tiempo operan como marco general de la introducción de la justicia constitucional, aunque como veremos en este capítulo, el caso colombiano empieza a ser particular por un aspecto a lo menos llamativo, la justicia constitucional colombiana prospera dentro de un marco de estado unitario. Esta particularidad colombiana empieza a colorear un arco iris de posibilidades que sobrepasa los delimitados blanco y negro que se relacionan con el nacimiento y prosperidad de la justicia constitucional por un no desdeñable número de doctrinantes.

El caso colombiano al conjugar el binomio Estado unitario y justicia constitucional resulta notoriamente excepcional en el panorama constitucional, en la medida en que lejos de impedir el nacimiento de este sistema en su interior, ratifica el espíritu del control de constitucionalidad, en el sentido de excluir la función de verificador de la distribución de competencias territoriales sino en el entendido de que la justicia

constitucional tiene como finalidad la garantía de cumplimiento de todo el orden jurídico establecido en la Constitución.

En relación al surgimiento de la relación estado unitario y justicia constitucional, en donde no existen tensiones territoriales y en consecuencia la necesidad de un órgano independiente que los resuelva, ¿qué desencadena la instalación de la jurisdicción constitucional en un estado unitario? Esta pregunta prácticamente inobservada por los constitucionalistas, es tratada por Ackerman, quien propone una respuesta sugerente, en el sentido de que así como la creación de poderes independientes en el centro y la periferia incrementa la necesidad funcional de que un juez relativamente imparcial coordine la interacción política en curso, lo mismo ocurre con la creación de un presidente fuerte y una legislatura independiente, de tal manera que, si bien no diluye una tensión territorial diluye una tensión entre los poderes públicos, es decir interramas.

Ackerman explica que los estados en donde ha existido el precedente de un caudillo capaz de movilizar masas, con una gran capacidad de influencia social y con una autoridad carismática de generación fundadora, también son ambientes adecuados para la instalación de la justicia constitucional.

La existencia de un gran líder como George Washington en Estados Unidos, Simón Bolívar en Colombia y Venezuela, o Charles de Gaulle en Francia, personajes que no se dejaron seducir por la perpetuación de hecho en el poder, marcaron una tendencia de preservar un poder fuerte en cabeza del jefe del Estado, el presidente, generando la forma de gobierno presidencialista.

El presidencialismo promete adueñarse de un espacio para el líder máximo y pre-

servar de ese modo un marco independiente en el cual otros líderes pueden desplegar su talento en la legislatura.

De tal manera, una forma unitaria de Estado combinada con un sistema de gobierno presidencialista ofrece una nueva oportunidad para el desarrollo de tribunales constitucionales, por muchas de las mismas razones que brindan los escenarios federalistas³⁹.

En suma, tendremos que anotar que mientras el grueso de autores constitucionalistas ha destacado el modelo de Estado como el factor determinante de la instalación de la justicia constitucional, ya sea federalismo o centralismo, Ackerman agrega que también la forma de gobierno puede resultar condicionante para llegar al mismo fin.

Ahora bien, estas dos condiciones no se excluyen ni operan de manera entrelazada, porque como es bien sabido la mayor parte de estados federalistas, o si se quiere, compuestos, en Europa acogen sistemas de gobierno parlamentaristas como es el caso de Alemania, Italia y España. Al contrario, un sistema de gobierno presidencialista puede desarrollarse en ambos modelos de Estado, ya sea federalista como es el caso de Estados Unidos, y una buena parte de estados latinoamericanos, por mencionar algunos, México, Brasil y Venezuela, o bajo un modelo centralista o unitario como es el caso de Colombia.

En un sistema presidencialista como el colombiano en donde se acumulan las funciones de jefe de estado, jefe de gobierno y comandante en jefe de las fuerzas militares en el presidente de la república, sería de extrañar que no se presentaran constantes tensiones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Esta tensión puede entonces ser mediada de dos maneras: la primera nos remite a las no tan afortunadas experiencias de la gran parte de los países suramericanos,

que resuelven las dificultades inter-ramas con la mediación de los militares y los consecuentes golpes de estado y largas dictaduras. Una segunda vía, excepcional, pero que se cumple en forma clara en el caso colombiano es un reforzamiento del poder judicial y el establecimiento de una justicia constitucional fuerte⁴⁰.

La tradición jurídica colombiana se ha dirigido a una resolución de las crecientes acumulaciones de poder entre el ejecutivo y el legislativo con una concesión de poder legítimo a los jueces.

3. Instalación de la justicia constitucional en Colombia

En América Latina, los primeros antecedentes del control de constitucionalidad nos remontan a 1858, fecha en la cual en Colombia y Venezuela se establece un sistema de control de constitucionalidad mixto⁴¹, que incluye la introducción del sistema americano de control *difuso* y establece la creación de un sistema con características propias del control *concentrado* por parte de un órgano judicial que se reserva la competencia de “*monopolio de expulsión*” de la norma inconstitucional, con efectos *erga omnes*, como un siglo después lo hará el continente Europeo y que, en razón del incesto bibliográfico al que se ven abocados los constitucionalistas eurocentristas, termina concediendo el renglón de verdad a la versión que niega cualquier antecedente de este sistema en el mundo hasta su establecimiento en Europa.

Está claro que el control *concentrado* se desarrolla y consolida en Europa al crearse una jurisdicción autónoma y separada de la rama judicial dando origen a los tribunales constitucionales. Pero no puede pasarse por alto que Colombia, al poseer una juris-

dicción constitucional con particularismos propios producto de la conjunción de aspectos identificados tanto del difuso como del concentrado también goza de las virtudes de cada uno de estos controles. En especial quiero referirme a los efectos de las sentencias, al existir en Colombia los efectos *erga omnes* característica indiscutible y en ocasiones identificable del control concentrado, y en contrapartida careciendo del *stare decisis* propio del sistema difuso.

Ya desde 1811 Venezuela y Colombia habían realizado tímidos avances en lo que constituirá el sistema mixto o integral, según Humberto de la Roche⁴²; en la Constitución Provincial venezolana y en la Provincial de Cundinamarca se establece el control mixto, pero entonces recae la labor del control concentrado en un órgano político y no judicial.

La orientación asumida por Colombia hacia un verdadero Tribunal o Corte Constitucional se inicia con la creación de una sala constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia en 1968⁴³. Esta tendencia concluirá con la creación de una jurisdicción especializada y separada de la ordinaria, estableciéndose una Corte Constitucional con la reforma constitucional de 1991⁴⁴.

Las condiciones históricas que rodearon el establecimiento de los controles de constitucionalidad en cada una de estas tres latitudes mencionadas, Estados Unidos, Europa y Latinoamérica, marcarán un devenir y desarrollo diferente, con influencias que van y vienen de un sector a otro.

En sus inicios influenciados por el *judicial review*, los constituyentes de 1910 establecen la *excepción de inconstitucionalidad*; este control, posibilita que los jueces ordinarios inapliquen cualquier norma sobre la cual recaiga la duda de inconstitucionalidad, dentro de un proceso que estén conociendo.

Para que esta figura opere la autoridad encargada, el juez, no requiere que la norma a inaplicar posea tal relevancia en el caso que se convierta en la norma decisiva para el fallo. En la excepción de inconstitucionalidad sólo basta que el juez a la hora de aplicar una norma de inferior jerarquía, y en su correspondiente interpretación de la misma evidencie que para el caso concreto, la norma inferior es incompatible con los mandatos constitucionales. Pero esta incompatibilidad debe ser entonces manifiesta⁴⁵, o si se prefiere clara, es decir, que no obligue al fallador a realizar elucubraciones jurídicas.

Así, para salvaguardar la norma superior, el juez separa la norma viciada de inconstitucionalidad restándole su vigencia o lo que es lo mismo, la inaplica. Los efectos de este control de constitucionalidad son estrictamente inter-partes: sólo vincula a las partes que han participado en el proceso. La excepción de inconstitucionalidad puede ser solicitada por las partes o declarada de oficio por el mismo juez, en cualquier etapa de la actuación judicial o de policía, sea procesal o extraprocesal.

Este control difuso funcionalmente, en la medida en que se halla atomizado en cabeza de todos los jueces integrantes de la rama judicial, se caracteriza porque materialmente se trata de un control *concreto*, es decir, como lo son las censuras o dudas de invalidez de leyes o decretos-ley que se hayan destacado como conflictos reales en el proceso de aplicación al derecho, en contraposición al *abstracto*, propio de la *acción pública de inconstitucionalidad*.

La excepción de inconstitucionalidad es también un control sobre las decisiones judiciales que dando aplicación a la ley deriven potencialmente en decisiones inconstitucionales; pero no se limita a ello, puesto que no es su único objetivo, ya que

la finalidad última de todos los controles de constitucionalidad en el sistema colombiano es la depuración de todo el ordenamiento jurídico de las normas que vulneren la norma suprema.

La preferencia por la norma suprema en caso de contradicción con una norma inferior proviene de un mandato constitucional coercitivo (artículo 4º de la Constitución Política) para la autoridad que aplica la norma, es decir no se trata de una potestad discrecional sino de un mandato ordenado por la misma Carta.

La creación e instalación de la Corte Constitucional, a partir de su ya casi decenaria introducción en la Carta constitucional de 1991, ha originado una sensible modificación de las posiciones que detentaban las instituciones jurídicas que tradicionalmente habían compartido el control de constitucionalidad en Colombia, como lo era el control *difuso* en manos de toda la jurisdicción ordinaria y el *concentrado* en la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

La última reforma constitucional crea una maquinaria constitucional compleja que multiplica los encargados de protegerla y los sistemas de control que deben utilizarse. De tal manera que todos los jueces que integran la rama judicial, son controladores de la constitucionalidad de las leyes, aunque con una intensidad, efectos y responsabilidades diversas. Así mismo, con la creación de la Corte Constitucional, la rama judicial sufre una notoria modificación en su interior, de tal manera que la Corte Suprema de Justicia opera como un tribunal más cuando de ejercer funciones constitucionales se trata y la Corte Constitucional pasa a ser la última instancia en materia constitucional, beneficiándose de una jerarquía si bien no estructural, sí funcional⁴⁶. No sucediendo de igual manera respecto

al Consejo de Estado, quien continúa gozando del beneficio de última instancia del control de constitucionalidad de actos administrativos y de manera residual de todo aquello que no corresponda a la Corte Constitucional.

La inclusión de una Corte Constitucional que recoge de manera concentrada, aunque no exclusiva, la misma labor de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, adicionada con nuevas funciones, determina que el sistema de control constitucional en Colombia continúe siendo *mixto* o *híbrido*. Es decir, por un lado mantiene la tradición estadounidense de justicia constitucional del *judicial review* como había funcionado sin interrupción durante casi un siglo, y ahora con la Corte Constitucional se recoge la tradición europea del establecimiento de un Tribunal autónomo respecto de la jurisdicción ordinaria para la realización del control *concentrado* también ya existente.

Acción Pública de Inconstitucionalidad

Pero el real aporte que ha realizado el sistema constitucional colombiano a la justicia constitucional ha sido sin duda el establecimiento de la *acción pública de inconstitucionalidad*.

Mediante esta acción, establecida mediante la reforma constitucional de 1910 (Acto legislativo Nº 3 de 1910, artículo 41) se faculta a todos los ciudadanos a participar en forma directa en el control de constitucionalidad de las leyes, demandando ante la Corte Suprema de Justicia cualquier ley o decreto con fuerza de ley que considere viole los mandatos constitucionales.

Con la reforma constitucional de 1991 y la consecuente separación de la justicia constitucional de la ordinaria, es la Corte Constitucional la institución que entra a

asumir esta función, de una manera aún más fortalecida, con nuevas facultades y nuevos mecanismos garantizadores de los derechos fundamentales, como es la *acción de tutela* y ampliación de la acción pública de inconstitucionalidad, los actos legislativos, la convocatoria a referéndum, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente según lo establecido en el artículo 379 constitucional.

En palabras del eminente jurista Gaona Cruz, *la acción de inconstitucionalidad es sin duda una forma inmejorable de garantizarle al ciudadano su derecho a la Constitución, y de lograr el control democrático directo de los gobernados sobre los actos del gobernante y del legislador*⁴⁷.

En efecto, esta acción se nutre de dos características, su órbita garantizadora del cumplimiento de la Constitución, que dota a ésta de una real fuerza normativa involucrando todos sus mandatos, cuyo despliegue más contundente se concretiza en los derechos fundamentales; y de otro lado, como una herramienta de control entregada a cada ciudadano sobre la actuación de las autoridades, las cuales se encuentran sometidas a sus preceptos constitucionales, bajo la mirada atenta del ciudadano.

La acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo de participación ciudadana

Esta acción encierra una sólida manifestación de la participación ciudadana, en su más alta acepción, es decir, aquella que dota a los ciudadanos de una real vía no sólo de expresión sino también de control, sin intermediarios y ante un interlocutor legítimo, en términos de autoridad institucional con jerarquía y posicionamiento dentro de la estructura del Estado, bondades

de las que efectivamente goza la Corte Constitucional.

Se trata de un derecho político individual en cuanto se expresa sobre la realización de una de las tareas públicas, *la creación de las leyes*, pero su expresión se transforma en control, puesto que lo que el proceso genera es una verificación de que la ley no altere, modifique, adicione o niegue los mandatos dictados por la Constitución, es decir que el legislador y el ejecutivo cuando ejerce funciones legislativas con la misma fuerza que la ley, no se excedan en su labor creativa de los cercos constitucionales, dicha verificación provoca una decisión con la misma fuerza y características que la ley, como es la decisión judicial de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

El origen o motivación individual de la acción extenderá sus consecuencias, de conformidad o inconformidad de la norma de inferior jerarquía a la Constitución, formalizadas en la decisión jurídica, a todos y cada uno de los ciudadanos, receptores de la ley y de la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, gracias a los efectos generales, *erga omnes*, de la sentencia.

El dominio que realiza el ciudadano de las tareas públicas se potencializa aún más cuando de él puede nacer la ley (por medio de sus representantes), impulsar su nacimiento (la iniciativa legislativa), pero también cuando gracias a su vigilancia, que genera un control jurídico, también puede finiquitarse, eliminarse, porque contraviene su propio mandato, dominando, de esta manera, el ciclo mismo de gestación y expiración de la ley, esta última como sanción por vulneración de la Carta fundamental.

Por medio de este derecho político individual se completa la participación del ciudadano que con su actuación interviene

tanto en el proceso de creación de la ley, por medio de los representantes elegidos, como en su expulsi3n.

La pregunta ineludible frente a esta argumentaci3n es: ¿C3mo una acci3n individual puede echar por la borda la manifestaci3n de la mayoría representada en el Congreso, que a su vez ha sido discutida y aprobada con el respeto de los procedimientos mayoritarios y democráticos? O si se quiere, ¿c3mo en aras de un discurso democrático se elimina la obra misma de la democracia? O aun yendo más allá, ¿por medio de esta acci3n se enfrentan la ley como representaci3n de un interés colectivo contra un interés individual?

Para responder a esto tendremos que ir por partes: primero, la inicial pregunta necesariamente nos introduce en la preferencia razonable del constituyente colombiano de 1991 de avanzar de una consolidada democracia representativa a una ambiciosa y deseable democracia participativa. La acci3n de avanzar implica forzosamente dar paso hacia adelante continuando con lo ya caminado, o si se quiere, con lo ya recorrido en el sistema jurídico e interconectar al armaz3n estatal la toma de decisiones involucrando la opini3n de los ciudadanos.

Esta escogencia, que implicó un cambio en la detentaci3n de la soberanía, que pasó de la naci3n al pueblo, evidenciaba una necesidad política que repercute en los usos jurídicos.

Si hablamos de un Estado de Derecho constitucional, forzosamente tendremos que inclinarnos a defender que una democracia en un Estado moderno acoge tanto el concepto de democracia formal, entendido como respeto de las mayorías sin silenciar las minorías que podrán devenir por el juego libre de fuerzas también mayoría, así como la democracia material. ¿C3mo concebir la democracia sin las libertades de locomoci3n,

prensa, manifestaci3n, que son los medios, las vías, las precondiciones que dotan de legitimidad la democracia formal? Sin democracia material no hay democracia formal, y viceversa. Ahora bien, el sistema constitucional colombiano establece como núcleo duro de su estructura la democracia participativa extendiéndola al marco de los principios, como fuente de interpretaci3n de la Constituci3n y del ordenamiento jurídico pero aún más dotándola de una fuerza coercitiva superior al estatuirlo como un valor fundador y finalístico del Estado⁴⁸.

El principio de democracia participativa y pluralista permea sistemáticamente el ordenamiento colombiano con una lectura sensible a todos los sectores de la sociedad, y a todas las esferas del Estado. Ineludible aporte de este principio y destacable por su impacto social resulta la participaci3n democrática en la ley del plan y funcionamiento de cooperativas.

S3lo debemos entender y aceptar por democracia las ritualidades de la mayoría, es decir, democracia formal, o en cambio también promover que una democracia involucra conceptos materiales, estándares mínimos que determinan un contenido, como son las libertades de los ciudadanos, la estructura del Estado y los derechos fundamentales.

A primera vista pareciera que la acci3n de inconstitucionalidad, al ser suficiente para su invocaci3n justamente la voluntad de un solo ciudadano, que considere o no vulnerados sus derechos consagrados en la Carta Constitucional, pudiera llegar a enfrentar intereses colectivos, es decir los de la mayoría traducidos en la ley, con intereses minoritarios, que han sido ya vencidos en el auditorio propicio para la discusi3n, como es el Congreso. El primer argumento a favor de esta tesis sería el mismo principio constitucional que establece la prevalencia de los

intereses generales frente a los individuales, los cuales en caso de enfrentamiento deben ceder ante los primeros.

Pero si bien es cierto que para impulsar el control mediante la Acción de Inconstitucionalidad basta que un solo ciudadano se manifieste, también es posible como ya lo habíamos dicho, que la motivación del ciudadano sea propia o ajena, posea un interés concreto en el asunto o no, y por lo tanto genere consecuencias directas sobre sus derechos o no, porque finalmente el fundamento de este control de constitucionalidad es el interés mismo del Estado constitucional, es decir, la depuración del ordenamiento jurídico de las normas que van contra los preceptos constitucionales.

Con tal suerte que la acción de inconstitucionalidad intenta garantizar y preservar por medio de su procedimiento no los intereses individuales a favor o en contra de la ley misma, sino un interés también general y de mayor jerarquía como lo es salvaguardar la Constitución, la obra del constituyente originario, de posibles alteraciones ilegítimas llevadas a cabo por el constituyente derivado.

En otros términos, la acción en cuestión preserva un interés general superior como es la no modificación de la Constitución, ya sea por exceso o por defecto, a través del poder constituido, cuando éste actúa sin habilitación constitucional. Este argumento no niega que efectivamente se presenten casos en que la acción de constitucionalidad se encuentre motivada por un interés particular; sin embargo, en este caso, lo que esta acción consigue es ofrecer una salida ciudadana cuando las mayorías consiguen expresar por medio de la ley sus intereses, en términos formales, pero que materialmente desacierta; o su contrario, que su contenido sea ajustado a la Constitución pero el procedimiento de discusión y

aprobación la vulnere. Mediante la acción pública de constitucionalidad, por lo tanto se neutraliza el hecho de que la mayoría es falible, yerra y que cuando efectivamente esto ocurra y se verifique la equivocación, se pueda corregir.

La acción en cuestión impulsa el control en el seno mismo del Estado, pero por una génesis externa, dimanante del ciudadano, configurándose de esta manera un derecho más de la ciudadanía, del rol exclusivo de ser ciudadano.

Está claro que los sistemas de participación política se han centrado en que el ciudadano posea canales que le permitan realizar un diálogo con las autoridades, influir en la toma de decisiones estatales e impulsar el desarrollo legislativo, mas toda esta actividad puede verse tergiversada por esa autoridad que oye sin oír, cuando no autista, que permite comunicarse pero que tergiversa la opinión, que satisface un sector de la comunidad pero generando detrimento en otros; en razón de esto, la acción pública de inconstitucionalidad puede resultar como un *corrector* y *complemento* de la democracia representativa. Corrector, porque la tergiversación del mandato es una consecuencia no deseada de la democracia, y complemento, porque no intenta remplazarla sino a lo sumo perfeccionarla.

Podríamos conformarnos con aceptar que en un sistema democrático representativo el ciudadano tiene el derecho de elegir y ser elegido, de participar en el desarrollo con su actuar como constituyente primario u originario establecido en la carta constitucional, mediante su representante con asiento en el Congreso. Sin embargo, el sistema que establece la acción pública no se contenta con las bondades de la democracia representativa, yendo mas allá y dotando al ciudadano de un mecanismo de control sobre el legislador, su representante, y sobre su producto, la ley.

Bajo esta concepción, el pueblo se dota de una Constitución, elige sus representantes cuya función es desarrollar la carta fundamental siguiendo lo establecido en ella y respetando los límites mismos de ese mandato y adicionalmente le reserva al ciudadano el poder de verificar, o si se quiere, vigilar si efectivamente esto ha sido satisfecho, utilizando para tal fin la intermediación de los jueces. Como bien afirma el maestro Gaona Cruz, *los Jueces son apenas el instrumento institucional, independiente o autónomo, de preservación de la integridad y supremacía de la juridicidad constitucional y legal.*

La extensión progresiva de la acción pública de inconstitucionalidad a países vecinos de Colombia y Venezuela, como Panamá (1972), Salvador (1962) y Brasil (1967) la convierte en una institución incrustada en el sistema de control de constitucionalidad en América Latina⁴⁹.

Características de la acción de inconstitucionalidad

Son características de la enunciada acción tres aspectos que considero esenciales: 1. Quiénes son los legitimados activos; 2. La imprescindible concesión de la palabra como derecho y deber; 3. Los efectos de la sentencia. Los dos primeros son aspectos distintivos y cualificadores del control de constitucionalidad en Colombia, mientras que el tercero es una característica compartida con otros ordenamientos jurídicos.

1. Legitimación activa. Este procedimiento, original en el mundo constitucional, invita a los ciudadanos sin ningún requisito adicional a la presentación de una demanda, a poner en movimiento el aparato de justicia del más alto tribunal en materia constitucional.

La demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo se constituye de cuatro elementos: en primer lugar se señalarán las normas acusadas de inconstitucionalidad; en segundo lugar las normas constitucionales que se consideren infringidas por la norma subconstitucional; el tercer requisito se refiere al nexo de causalidad entre unas y otras, es decir, las razones o cargos por los cuales el demandante considera que la norma viola los mandatos constitucionales; el cuarto se refiere a la razón por la cual la Corte es competente para conocer la demanda. Si bien los tres primeros requisitos se presentan a primera vista razonables, con miras a determinar el objeto de la demanda y concretizar el marco de actuación de la Corte, el último requisito atinente a la competencia no resulta tan evidente: ¿por qué le corresponde al ciudadano argumentar que es esa institución la Corte Constitucional, la competente y por ende la encargada de realizar el control de las normas sospechosas de inconstitucionalidad? Este requisito ha sido justificado por la misma Corte Constitucional en que sus funciones son taxativas, es decir, las señaladas en los «estrictos y precisos términos» que la Constitución le otorga.

La explicación del ciudadano sobre la competencia de la Corte resulta configurar un elemento que no requiere una exhaustiva fundamentación, pero que sin duda se convierte en una carga para el ciudadano, a quien los conceptos de jurisdicción y competencia no le resultan fácilmente manipulables.

Por otro lado, en las sentencias por vicios de forma se adiciona un quinto requisito, que se refiere al señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

Este razonamiento entre el trámite realizado y vulnerador de la Constitución y el trámite exigido por la Carta suprema exige del ciudadano un conocimiento de la tipología de las leyes (leyes marco, leyes estatutarias, leyes ordinarias, aprobatorias de tratados, orgánicas, etc.), requisito que se convierte en un filtro de la inicial amplitud de la demanda. Lo cual contribuye así mismo a evitar la presentación de demandas amañadas, sin fundamento y de mala fe, que obstruyen el buen funcionamiento de la institución.

El promotor del proceso, que puede ser uno o varios ciudadanos, otorgará los primeros argumentos de estudio a la Corte Constitucional; sin embargo, todos los ciudadanos que deseen hacerse partícipes del proceso podrán intervenir como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros (artículo 242 de la Constitución Política).

El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad corresponde, como derecho político, a todos los ciudadanos, pero, dentro del proceso que se genera a partir de la demanda, no se enfrentan intereses particulares y, por lo tanto, no hay “partes” en el sentido procesal del término, pues lo que está de por medio es el interés público consistente en la integridad y supremacía del orden constitucional. Para los efectos de la legitimación en causa, la Corte no verifica entonces si quien actúa como promotor está interesado de modo personal en lo que se decida, aunque puede que el ciudadano se vea subjetivamente interesado y afectado por la decisión.

Quien promueve la acción debe gozar de la calidad de ciudadano que se encuentra sujeta a ciertas condiciones que, según el artículo 98 de la Constitución, configuran la ciudadanía: nacionalidad, mayoría de

edad (18 años) y ejercicio actual de la misma por no haber sido sancionado judicialmente con la suspensión o pérdida de los derechos políticos.

La amplitud que ofrece la acción pública de inconstitucionalidad se conforma del mismo modo en la capacidad legítima de convocatoria que poseen todos los magistrados, según la cual pueden invitar a participar a aquellas instituciones públicas y privadas⁵⁰ que en razón del asunto por resolver puedan convertirse en interlocutores válidos en el proceso. Lo cual genera un dinamismo y enriquecimiento de la discusión, permitiendo crear un escenario más amplio del tradicionalmente permitido en los países europeos para un proceso de constitucionalidad.

En efecto, la participación puede ser entonces por presentación *voluntaria* o por *invitación*; en este último caso, la invitación no posee un carácter coercitivo, la Corte se limita a invitar a los sectores con presumible interés en la norma a que envíen sus alegatos o que se presenten a la celebración de la audiencia pública.

Esta audiencia tendrá un carácter público y contará con la asistencia del demandante y un representante del poder legislativo, el cual goza de una especial consideración, ya que podrá hacer la defensa de la norma presentando sus argumentos de constitucionalidad. Tal como se diseña este proceso, no se excluye al poder legislativo, sino por el contrario se le concede la oportunidad para defender su labor⁵¹.

La extensión del proceso a todos los interesados en hacerse parte de la discusión le otorga un amplitud a los recursos argumentativos que la Corte Constitucional debe considerar, pero también es una extensión de la voz de los realmente afectados por la norma o por la interpretación dada hasta el momento. Las diferentes voces

que llegan al alto tribunal en igualdad de condiciones son en sí mismos los matices que comparten los ciudadanos en su acercamiento con la realidad jurídica según su posicionamiento en la sociedad, no es una discusión entre ilustrados, ni intelectuales, ellos también pueden hacerse presentes y todos los sectores podrán hacerlo sin distinción alguna, evaporándose con esta iniciativa una de las acusaciones más frecuentes hacia la justicia constitucional como es su carácter “reservado”, o si se quiere “cerrado”.

Ahora bien, en el caso de que un ciudadano desee ser representado legalmente con miras a interponer la demanda, la Corte Constitucional ha sido clara al establecer que «...la Corte no rechaza ni inadmite demandas de inconstitucionalidad presentadas a nombre de otro, bajo condición de que mandante y mandatario sean ciudadanos en ejercicio, pues con ese procedimiento, con todo y ser superfluo, no se ofenden ni quebrantan las normas que rigen los juicios de constitucionalidad: el mandatario puede, invocando su propio derecho político y sin poder de otro, formular idéntica solicitud a la que en aquella condición presenta.

«A partir de allí, entra a operar el sistema judicial de control y la Corte asume plena competencia para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma acusada sin consideración a las consecuencias particulares que de su decisión se puedan derivar para el actor o su poderdante, en cuanto su función atiende de manera exclusiva a la conservación y efectividad de la Constitución Política»⁵².

Con esta decisión queda claro que si un ciudadano prefiere otorgar un mandato de representación, también podrá hacerlo, en la medida en que su representante sea un ciudadano activo. Pero entonces el ciuda-

dano que finalmente presente la demanda (si posee un poder de representación entendemos que se trata de un abogado), no representa a su mandante, sino a sí mismo, ya que lo que está admitiendo la Corte es un cambio de promotor.

Un límite cierto y razonable a la interposición de la acción pública de inconstitucionalidad se presenta con los servidores públicos, los cuales podrán interponer la mencionada acción bajo su calidad de ciudadano mas no sobre el revestimiento estatal que le otorga su investidura de funcionario público. Esta acción se dirige a los ciudadanos, es decir, a las personas naturales, por lo cual ni las personas jurídicas privadas ni las públicas —como los departamentos, los distritos y municipios o las entidades descentralizadas— pueden acudir a la Corte Constitucional para pedir que una determinada norma sea declarada inexecutable, aunque sí podrán participar como impugnadores o coadyuvantes de los procesos promovidos por otros.

2. *La palabra. Derecho y deber.* La necesaria argumentación por parte del ciudadano es un deber inexcusable en este proceso que implica un esfuerzo interpretativo de la norma constitucional y la norma subconstitucional, provocando un acercamiento directo del ciudadano al texto constitucional y legal, en su personal realidad o fuera de ella, puesto que éste no tendrá que demostrar un *interés jurídico* en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma. Pero sí recae sobre el ciudadano la obligación de dotar de coherencia y racionalidad su demanda y por lo tanto no eludir el cargo concreto de inconstitucionalidad⁵³.

Ahora bien, la existencia del control constitucional contribuye a asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir

y dar razones en el espacio público de la democracia⁵⁴ y el caso colombiano ha establecido este diálogo en un espacio amplio para el debate, por medio de la acción pública⁵⁵.

La sencillez del procedimiento posibilita la no distracción de su objeto y función en formalismos y ritualidades que desnaturalizarían su esencia, permitiendo al ciudadano tomar parte activa de la discusión, con la única obligación de argumentar.

Así mismo, el ciudadano podrá acompañar la demanda con las pruebas que considere pertinentes haciendo uso, si lo considera oportuno y apropiado, de la misma doctrina constitucional proveniente de la Corte Constitucional o de la jurisprudencia de otros tribunales.

La acción pública de inconstitucionalidad como control *abstracto* se inicia con la demanda de los ciudadanos y las normas objeto de estudio serán aquellas que los ciudadanos, consideren vulneran en forma concreta determinados artículos constitucionales, sin embargo la facultad de la Corte Constitucional de salvaguarda de la totalidad de la Constitución la autoriza mediante un amplio margen de discrecionalidad a extender su objeto de estudio a toda la Constitución, basado en el principio de *unidad normativa*⁵⁶.

Atendiendo este principio, que predica la unidad y cohesión de toda la Constitución como un cuerpo integrado y sistémico, el juicio de constitucionalidad se realiza sobre la ley o decreto con fuerza de ley demandados por los impugnantes, pero la confrontación con la norma superior a fin de evaluar su constitucionalidad podrá realizarla sobre los artículos citados por las partes o sobre toda la Constitución. Aquí la Corte Constitucional se reserva la facultad de aplicar toda la Constitución en la norma demandada, o de limitarse a los cargos presentados en la demanda.

Bajo esta concepción la acción pública de inconstitucional permite realizar un estudio de la ley con los argumentos de constitucionalidad e inconstitucionalidad que los ciudadanos brinden a la Corte Constitucional en favor o en contra de la norma. Los alegatos de las partes serán objeto de estudio por parte de la Corte y estimados o desestimados en la argumentación que decide sobre la constitucionalidad de la ley mediante la sentencia. Así mismo por mandato constitucional, participa en este y todos los procesos ante la jurisdicción constitucional el Procurador General de la Nación.

Este procedimiento caracterizado por su brevedad, simplicidad y agilidad⁵⁷, se beneficia del sentido de gratuidad de la justicia, ya que el él hay una ausencia absoluta de costos, el ciudadano actúa en forma directa sin representante legal, permitiendo un verdadero acercamiento entre la justicia constitucional y el ciudadano sin intermediarios.

El sistema de mayorías rige igualmente para llegar a la decisión que se fije en la sentencia; sin embargo existe una insistencia jurídica en la búsqueda del consenso al interior mismo de la Corte Constitucional⁵⁸, lo cual no significa que siempre se consiga, o como ha sucedido en algunos casos en los cuales las diferencias entre los magistrados ha repercutido en salvamentos de voto en donde se acusa a la mayoría de dañar la buena imagen de la institución⁵⁹ o las situaciones en que la decisión ha estado en manos de un solo magistrado, en razón de su integración impar de nueve magistrados, que determina que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma se resuelva por un solo miembro, cuando la división respecto a la decisión a tomar se encuentre polarizada en cuatro y cuatro.

La justicia constitucional colombiana parte de la consideración de la Constitución como norma jurídica y norma invocable directamente por los ciudadanos y no sólo organizadora de los poderes públicos. Con el acentuamiento y reforzamiento en el acceso a todos los ciudadanos a la justicia constitucional y a la aplicación de la Constitución. Si nos basamos en la definición de Alf Ross de aplicación del derecho como aquello que se realiza por parte del juez en un procedimiento ante su jurisdicción, excluyendo gratuitamente que en el proceso de interpretación existe una aplicación de la norma⁶⁰ y el sentido natural de las palabras puesto que sólo serían aplicadas según la versión rossiana todas las normas que debido a su ineficacia e incumplimiento son forzadas a su puesta en práctica por parte del juez, dejando atrás todas las normas que los ciudadanos consideran viable acatar y por ende aplicar,⁶¹ bajo el erróneo entendido que solo los operadores jurídicos son los únicos que aplican la ley, en vez de hacerla aplicar.

No obstante, en el sistema colombiano, los ciudadanos aplican la Constitución, sin detentar la calidad de operadores jurídicos, sin gozar de ningún mandato, ni representar a otro que a sí mismo en su calidad de ciudadano regido por la Constitución, realizan una interpretación de la norma que defienden o atacan frente al órgano encargado de su protección. A diferencia de los sistemas de control de constitucionalidad europeos en donde la mediación de la justicia ordinaria es indispensable para el acceso a la justicia constitucional.

Arriba indicábamos que el aporte más destacable del sistema europeo a la evolución y desarrollo de la justicia constitucional ha sido la creación y puesta en marcha de los tribunales constitucionales dotándolos de una jurisdicción especial y

autonomía, marcando un hito al establecer la separación de una jurisdicción con ritualidades, procedimiento y mecanismos judiciales, de la propia rama judicial. Ahora bien, la gran paradoja de este sistema es que esta jurisdicción constitucional autónoma y separada no puede funcionar sin la intermediación de la justicia ordinaria, ya que tal y como está diseñado el control de constitucionalidad, lo que se genera es un diálogo entre jueces ordinarios y constitucionales que excluye y silencia al ciudadano⁶².

La acción pública de inconstitucionalidad intenta menguar las debilidades propias del sistema de mayorías, sin considerar que la democracia representativa no es el contrario de la participativa, sino a lo sumo esta última es controladora de las deficiencias de la primera.

3. Efectos de la sentencia. La sentencia que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma tendrán el valor de cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, y vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos, a los cuales les está vetado reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En el sistema colombiano la Constitución guardó silencio respecto a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, limitándose a declarar (artículo 243 constitucional), que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada. Esta argumentación ha sido ampliamente utilizada por la Corte Constitucional para sostener las decisiones condicionadas o interpretativas.

Según la Corte, este mutismo constitucional significa que la Corte Constitucional no está atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete «*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes*».

Por ello, la Corte ha venido manteniendo en el ordenamiento jurídico preceptos condicionando su permanencia a la interpretación normativa que autorice, y expulsando aquellas que no se adecúen a los postulados constitucionales; con una gama de dosificación de efectos, así:

a. Sentencias de interpretación conforme.

b. Limitación de los efectos de cosa juzgada constitucional a determinados cargos, manteniendo en el ordenamiento leyes acusadas por razones de procedimiento mientras se corregían los vicios formales de naturaleza subsanable.

c. Con efectos retroactivos o posteriores, condicionada a la notificación a las otras autoridades constituidas.

d. Sentencias integradoras o aditivas.

e. En la revisión de las leyes estatutarias, la Corte ha determinado que a ella corresponde, luego de la revisión constitucional, fijar, en la parte motiva de la sentencia, el texto definitivo que debe ser sancionado por el ejecutivo.

La profundización de cada una de estas posibilidades, su legitimación, sus efectos positivos dentro del orden jurídico, me acarrearía la realización de un estudio que superaría las limitadas intenciones del presente trabajo, pero que vale la pena tener en cuenta para evaluar el desarrollo que la justicia constitucional ha venido a dar, a partir de la instalación de la Corte Constitucional⁶³.

Sobre las leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales, en la medida en que el control constitucional de estas leyes es *anteriori*, la Corte Constitucional ha venido defendiendo los efectos de cosa juzgada absoluta de estas decisiones y su constitucionalidad integral, una vez se encuentre ejecutoriada la decisión e iniciada la vigencia de la ley, excluyendo estas leyes de la acción pública de inconstitucionalidad y estableciendo un límite a las leyes demandables por esta vía⁶⁴.

Esta exclusión no se encuentra explícitamente en la Constitución, sino que deviene de una interpretación de la Corte Constitucional dando lugar a una contradicción en el sistema jurídico colombiano en donde las leyes estatutarias, siendo las que desarrollan los derechos fundamentales, son las únicas que no pueden ser demandadas por los ciudadanos.

4. LA CRÍTICA A LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Sartori, en un artículo titulado “El coste del liberalismo” presenta una articulación del discurso de la democracia participativa ofreciéndonos razones para demostrarnos que este discurso es sencillamente impracticable y, haciendo uso de sus mismos términos, *absurdo*.

El absurdo de la democracia participativa bajo la visión de Sartori se halla en que la noción de democracia participativa puede cubrir un cúmulo de cosas diferentes, como son: 1) Participación en términos de interés. 2) Participación en apoyo de la “voz”, esto es, el derecho a las manifestaciones. Aquí yo incluiría también, aunque Sartori no lo hace expresamente, el derecho a la libre expresión. 3) Compartir el poder, es decir, participación efectiva y real en la adopción

de decisiones. 4) Una participación equivalente a una democracia directa verdadera.

Sobre el primer punto, Sartori se confiesa convencido de que todos estamos de acuerdo en que necesitamos *desesperadamente* ciudadanos más interesados y mejor informados. Pero es hasta aquí que este autor considera válida esta demanda. Es cierto que queremos ciudadanos cultos que conozcan el arte de la política y sus deficiencias, pero de allí a que tomen las riendas del poder hay mucha distancia. Sartori piensa que la presunción de que «cualquiera que se compromete tiene algo una contribución positiva que hacer [...] es simple e impracticable». ¿Por qué? Porque —explica haciendo uso de las palabras de Mac Kinnon⁶⁵— «hay tres tipos de personas: las que se comprometen y contribuyen, las que apenas colaboran si es que lo hacen, y aquellas que movidas por un impulso falible hacia el error, causan al resto de la sociedad problemas, gastos y pesares».

Sobre el segundo punto, considera que es válido siempre y cuando esa voz no se configure en “violencia”. Sobre el tercer punto, plantea que puesto que la realidad de la participación se expresa mediante una fracción, y puesto que apenas puede discutirse que su eficacia es óptima en los comités, una forma de incrementar la participación real sería aumentar el número de los comités. Pero el carácter *in crescendo* de los comités implicaría costes de tiempo y descoordinación total, de tal manera que las ventajas de la participación (compartir poder) terminan anulando sus mismos beneficios (pérdida de eficacia y eficiencia).

Por lo cual solo restaría la última opción, la que denomina «democracia de referéndum», que concibe como una especie de democracia *virtual*, en la cual los ciudadanos se sientan ante un vídeo y pretendidamente se autogobiernan apretando un botón

cada vez que se le plantea un problema. Para terminar de convencernos del absurdo de los ideales participativistas agrega una cita de Rousseau sobre la incompetencia del pueblo para captar el bien que desea⁶⁶.

He optado por seleccionar este texto porque en él se acumulan todos los escepticismo que suele generar el concepto de democracia participativa. Sin duda son muchas las ideas que pueden acompañar el discurso de la participación, generalmente unido a la imagen de un tumulto de ciudadanos descontrolados que se abarrotan por obtener una prebenda, o si se quiere, a la masificación en la toma de decisiones correspondientes a las riendas y manejo del Estado.

Cuando Sartori habla de participación piensa, no en individuos, sino en *la masa*, ese cuerpo sin figura ni forma que se integra de personas irreconocibles que actúa en forma caprichosa e irracional, ignorante de las consecuencias de sus actos y que se cobija en su misma no identificabilidad. Esa masa se conforma no de ciudadanos, sino de «*imbéciles dispersos*» cuyo único móvil y acaso razón de existencia es su deseo irrefrenable de consumir, saciar su apetito desordenado, incoherente y anárquico.

En la participación ciudadana ideada por Sartori el caos reina porque las voluntades ciudadanas son excluyentes e infinitas, como transitorios sus deseos. Bajo este esquema, la solidez de la democracia representativa de la mayoría se funde ante los millones de voluntades disparejas, sin objetivos ni fines, de la democracia participativa.

Ahora bien, la presentación de Sartori sin embargo termina confundiendo con los mismo temores que fundaron las primera desconfianzas en la democracia representativa. ¿Cómo entregarle a los ciudadanos el derecho a elegir a quienes ellos piensen que deben llegar a manejar el Estado, si no saben

ni siquiera qué desean para su propia vida? O la misma justificación del voto censatario ¿cómo permitir la libertad de elegir y ser elegido a las personas que dependen de otros, a los pobres, a las mujeres, a las minorías étnicas, a los negros? O en últimas ¿por qué no preservar el espacio de la toma de decisión de lo público a las personas educadas para ello, formadas en las mejores universidades, de familias que les permitan una dedicación exclusiva a su formación? Que esta clase privilegiada decida en nombre del *pueblo* lo que le conviene; porque al fin y al cabo aquellos son incapaces siquiera de llegar a saberlo.

El discurso democrático que defiende Sartori no es el de la democracia representativa, sino el de la democracia *elitista*. Para los pensadores de esta corriente de pensamiento, entre los que se destacan nombres como Vilfredo Pareto y Gaetano Mosca, así como Robert Michels, la democracia es cosa de pocos que constituyen una minoría privilegiada, astuta, frente a una mayoría pasiva y conformista.

El sortilegio de esta fórmula política se basa en una mezcla de la utilización de las ideologías al servicio de los privilegiados que dominan a los desamparados, para evitar una revolución que propicie el ascenso de clase, y como segundo requisito que da soporte a la primera, la necesidad de liderazgo de las masas, correlato de su servidumbre voluntaria⁶⁷.

Aquí los ciudadanos que corresponden a la mayoría dominada no están ansiosos de poder, sino por el contrario escasamente interesados; son tan pasivos, que así existieran canales de participación, no harían uso de ellos, estando tan sometidos a las ideologías de las que se nutren intelectualmente que marcharían al unísono del gobernante.

Esta utopía macabra parece no tener salida porque las alternancias en el poder continuarán siendo de una minoría, tras minoría, que jamás los ciudadanos insortos en un exquisito y estable estado de apatía podrían romper, porque ni siquiera se percatarían de su existencia.

Tal vez los únicos que se benefician de este estado de idiotez eterna son los intelectuales que intentan convencer a sus consumidores de ideas, que ellos son los afortunados en conocer el misterio revelado del funcionamiento del sistema político, pero que este secreto lleva su propia trampa, porque finalmente no podrán hacer nada para escapar de él, invitándolos a conformarse con la situación, aunque por lo menos ellos ya se encuentran dentro de los privilegiados que son conscientes del funcionamiento del poder político, pasando a un segundo estadio en el que se encuentran los conscientes pero que, al igual que los imbéciles de la mayoría, no pueden acceder a su manejo.

En las teorías elitistas se encierra un verdadero desprecio al ciudadano, se subestiman sus capacidades, se le idiotiza e infantiliza. Por otra parte se genera una inversión de valores, en la contraposición astutos-poder/idiotas-mayoría. Los *astutos* son los que llegan al poder y se aprovechan de él, gobiernan para unos pocos mientras distraen a la mayoría, y la mayoría está constituida por *idiotas*; en consecuencia, si quieres salir de esa mayoría *idiotista* hay que llegar al poder *astutamente* y beneficiarse de él.

Ahora bien, volviendo a Sartori, de las cuatro definiciones que nos ofrece sobre democracia participativa me resulta apropiada la tercera: Compartir el poder, es decir, participación efectiva y real en la adopción de decisiones.

La participación ciudadana entendida como un mecanismo político que permita

la intervención de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones con repercusiones públicas, de manera responsable.

Legitimación de la Acción Pública de Inconstitucionalidad y reforzamiento de la democracia participativa

Al comienzo de esta exposición nos referíamos a la permanente e irresoluta relación entre la justicia constitucional, entendiendo con ello mismo su herramienta principal como es el control de constitucionalidad de la ley, frente al discurso de la democracia. Posteriormente, intentando dilucidar cuáles son los reproches habituales que se le hacen a la justicia constitucional, encontrábamos que éstos encarnan una defensa de la democracia representativa. Así mismo vimos que la relación entre democracia representativa y democracia participativa pareciera tan tensa como las existentes entre la misma justicia constitucional y democracia representativa.

Ahora bien, mediante las siguientes líneas, me propongo demostrar que justicia constitucional y democracia participativa pueden convivir como conceptos que se complementan y que los controles de constitucionalidad pueden constituir la pieza fundamental de esta relación. Si entre la relación de justicia constitucional y la objeción democrática se cuestiona la legitimidad de la jurisdicción constitucional para controlar las leyes, en la democracia participativa, al contrario, se potencializa a la jurisdicción constitucional y se la hace parte de su desarrollo.

Justicia Constitucional
y democracia participativa

La democracia participativa busca involucrar al ciudadano en las decisiones que

le afectan y especialmente sobre aquellas que perjudican su esfera libertaria. Con el discurso de la democracia representativa se abarca a una mayoría, que se identifica con unos ideales, unos valores, existiendo para ellos unos canales claros de expresión, por medio de los gobernantes que eligen. Estas premisas son válidas siempre y cuando los intereses de los ciudadanos sean relativamente homogéneos, pero en un estado pluralista en donde existen grupos minoritarios, étnicos, raciales, solo por mencionar unos pocos, ¿cuáles son los canales de comunicación para estos grupos? Podríamos conformarnos con decir que ya de hecho es suficiente con que una mayoría goce del derecho a ser representada: podríamos decir también que este es precisamente el juego de la democracia: siempre habrá grupos mayoritarios y minoritarios y la voluntad de la mayoría ganadora excluye a la minoría cualquiera que ella sea.

Este argumento puede ser válido en un contexto de análisis correspondiente a la politología; sin embargo es insostenible si lo que defendemos es el establecimiento de un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

El disfrute de los derechos individuales en iguales condiciones para los ciudadanos, sin importar sus contingencias particulares o si se quiere *la lotería natural*, tomando las palabras de Rawls⁶⁸, es precisamente el avance que el derecho constitucional moderno ha podido realizar⁶⁹. Pero dentro de estos derechos también se incluye el de participación política.

No podremos admitir, pues, que por un lado elaboremos tratados muy bien escritos y disertaciones con el lenguaje más excelso sobre los derechos fundamentales y su fuerza normativa, y simultáneamente excluyamos a una parte de los ciudadanos del

derecho a participar en el desarrollo de esos mismos derechos y en su concretización por medio de las leyes.

La articulación de las minorías

No podemos pasar por alto que, si bien cuando hablamos de la mayoría tendemos a pensar en un grupo homogéneo y constante, en la vida real ella es cambiante; posiblemente nosotros somos la mayoría en ciertos aspectos sociales pero la minoría en otros, de tal manera que ese apelativo de minoría termina rozando a todos los integrantes de una sociedad.

Pensemos en un caso concreto, una ciudadana X demanda ante la Corte Constitucional colombiana la supuesta inconstitucionalidad de un aparte del artículo 3º de la ley 75 de 1968, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad. La demandante argumenta que el artículo en mención vulnera los artículos 1º 2º 5º 13, 14, 42 en su inciso 4, 44, 93 y 229 de la Constitución Política, es decir, entre otros los derechos a gozar del reconocimiento de la personalidad jurídica y del acceso a la administración de justicia de los niños. El artículo en mención se limita a legitimar a los actores del proceso voluntario de impugnación de la paternidad estableciendo que son impugnadores de la paternidad legítima, es decir de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, al padre legítimo de manera general y al hijo de manera restringida⁷⁰. Ahora bien, la demandante recrea una situación ficticia de un menor nacido dentro de un matrimonio, que convive con su madre y padre, pero que sabe que su padre, jurídicamente legítimo, no lo es, dejando por sentado que el menor conoce a su verdadero padre y lleva una relación familiar con él.

El impugnador autorizado por la ley es el padre legítimo pero este no desea, por cualquiera que fuere la razón, iniciar este proceso. En consecuencia, el menor no posee una vía jurídica para acceder a la administración de justicia y solicitar el inicio del proceso de impugnación de paternidad, y posteriormente investigación de paternidad. Como se trata de un menor de edad, está claro que sus derechos de participación política, propios de la democracia representativa, se encuentran aún suspendidos; no podrá elegir a un representante de sus intereses para ampliar el proceso voluntario de impugnación a la paternidad a los hijos legítimos; porque además, posiblemente ningún congresista se vea interesado en este asunto. Podríamos argumentar que la mayoría no se encuentra en esta situación particular del demandante. Tal vez la mayoría goza de una familia constituida por sus verdaderos padres, o tal vez, si no es esta la situación, tampoco se ven impulsados a cambiar las cosas. Sin embargo, para este específico ciudadano que escapa a la mayoría precisamente en esta situación familiar, no en otros aspectos, el artículo 3º de la ley 75 de 1968 le vulnera su derecho a una filiación real, y a un nombre acorde a ella. Que, en otras palabras, significa gozar de una identidad que se ajusta a la realidad, considerando la filiación como uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona.

Tal vez los otros ciudadanos que votaron por unos congresistas y los congresistas que efectivamente aprobaron la norma, jamás imaginaron siquiera que excluían a ciertos ciudadanos. Tal vez cuando legislaron y lo hicieron en nombre del *pueblo*, entendieron que todo los ciudadanos que representaban se encontraban bajo una situación familiar como la regulada por el código.

Lo cierto es que cuando pensamos en las mayorías, siempre excluimos a alguien. Por consiguiente, la consecuencia directa de esta exclusión es que una persona sabiendo que era hijo extramatrimonial de otra, estaba obligado jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero.

Esa minoría posee también el derecho a ser escuchada, porque si ahora, gracias al fallo de la Corte Constitucional⁷¹, la lectura aparte del artículo 3º de la ley 75 de 1968 le otorga el mismo derecho de impugnar la paternidad tanto al menor como al padre, a la mayoría esta modificación no le perjudica ni le altera su situación, pero la consecuencia es que no se vulnera el derecho al nombre y al reconocimiento de su personalidad jurídica aunque tan solo de un ciudadano se trate.

Resulta además anecdótico que en este caso la demandante presenta un alegato basándose en un ejemplo que ilustra una situación hipotética; no lo presenta como una situación personal sino como una situación que puede llegar a presentarse, mas no lo coloca en cabeza suya, sino en nombre de la minoría que corresponde a los hijos fruto del adulterio. Veamos el ejemplo:

«Juan, cuya esposa Marta ha procreado al menor “Luis”, dentro de la vigencia de su matrimonio como resultado de una relación extramatrimonial con “Pedro”. Juan y Marta no estaban separados legalmente de cuerpos, sin embargo no hacían vida conyugal y no hay abandono definitivo del hogar por parte de ninguno, o si lo hay, éste se produce mucho tiempo después del plazo máximo que establece la ley para presumir la época de la concepción. Juan tiene noticia del nacimiento de Luis y como es consciente de no haber hecho vida conyugal con Marta, no reconoce a Luis como su hijo, pero tampoco ejerce el

derecho de desconocerlo dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento.

«Juan tampoco acude a iniciar proceso de divorcio dentro del tiempo que le es permitido para alegar la causal de relaciones extramatrimoniales, por tanto no cuenta, ni contará jamás con una sentencia de divorcio por adulterio con la cual pueda posteriormente entrar a demandar la paternidad legítima presunta en contra de Luis. Juan no reconocerá nunca a Luis, pues para él es muy claro que no es su hijo, ni velará por su manutención. Luis, que conoce que su verdadero padre es Pedro, quien voluntariamente provee a su sostenimiento, no podrá entrar a definir su filiación con éste por cuanto no puede desvirtuar la que la ley le otorga por presunción».

Según la actora, el anterior ejemplo muestra que la norma impugnada consagra un tratamiento legal contrario a la Constitución a los llamados hijos “adulterinos”, puesto que establece una causal única y restrictiva para que éstos puedan impugnar la presunción de paternidad que establece la ley. Por consiguiente, en todos aquellos casos en que estos hijos no se encuentran en la causal prevista por la ley, no tienen derecho a acudir a los tribunales a fin de que se establezca su filiación real.

Para fundamentar su argumentación la demandante a su vez hace un estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ajustando jurídicamente su presentación.

En nuestro ejemplo, la demanda de inconstitucionalidad en abstracto se encontraba estrechamente relacionada con la defensa de los derechos fundamentales de otros ciudadanos. Esta argumentación de la justicia constitucional como un sistema de protección de los derechos fundamentales ha sido una de las herramientas tradicionalmente justificadora de su estable-

cimiento, pese a la existencia de la objeción democrática. Pero el énfasis de nuestro caso se abultaba cuando el derecho fundamental atacado correspondía a una persona que se encontraba dentro de una minoría, que prefiero denominar *mutante*; cuando me refiero a este tipo de minoría inestable, fluctuante, me refiero a una minoría que puede estar compuesta por las minorías étnicas y culturales, pero también por las minorías *anónimas y difusas*⁷².

La minoría mutante. La minoría *mutante* en realidad se integra por todos los ciudadanos, que generalmente podrían ubicarse dentro de la mayoría, pero que en razón de ciertos matices propios de la historia personal y sus condiciones físicas, económicas, sociales, se diferencian *puntualmente*, o de pronto sólo *coyunturalmente*, de los demás. Estas diferencias no se limitan a las típicas relacionadas con los colectivos generalmente identificados como más sensibles dentro de la sociedad, las mujeres, los niños, los negros, los inmigrantes, los homosexuales, etc.

La minoría *mutante* es por su misma contingencia imperceptible. Volviendo a nuestro ejemplo anteriormente citado, en el caso de los hijos legitimados por una presunción legal aunque su real filiación sea otra, puede involucrar a personas de diferentes razas, de clase alta o baja, homosexuales o heterosexuales, hombres o mujeres; en este caso tales particularidades resultan irrelevantes y la contingencia familiar pasa a un primer renglón; en esta circunstancia específica son una minoría aunque en las otras esferas de la vida social integren la mayoría.

En relación a este tema, Cappelletti considera que efectivamente ciertos grupos o tendencias minoritarias no tienen acceso a las instancias políticas y constitucionales

normales, por el hecho de su pobre representación. Ellos son marginalizados y sus derechos corren el riesgo de no ser reconocidos o defendidos. La justicia constitucional y el control jurisdiccional de las leyes pueden entregarles la posibilidad de hacer valer sus derechos y sus reivindicaciones⁷³.

La minoría estable. Un segundo aspecto que no podemos eludir es que la sociedad colombiana se ha caracterizado por su implacable tendencia a marginar sectores de la población, desarticulados de los procesos de producción, fenómenos que han ido en *crescendo* con la formación de los cinturones de miseria ciudadanos por causa del conflicto político-militar y al desplazamiento de poblaciones enteras. La crisis de la representatividad se evidencia al máximo en estos sectores, cuya voz y cuyos intereses difícilmente se encuentran representados en los espacios adecuados de toma de decisiones.

Los procesos democráticos representativos demuestran que el poder legislativo será acaparado por una clase social dominante, *continuista* en el mismo, ya sean generaciones de una misma familia habituada al poder, o una región con influencia superior a las otras, o una raza y sexo, hombre blanco, lo que determinará la instalación de un *statu quo*.

El problema de la representación insuficiente no atañe únicamente a las minorías étnicas, raciales y nacionales, sino también a ciertos colectivos considerados sensibles, como son los discapacitados, las mujeres, los pobres, etc.; diversos grupos continúan siendo excluidos de la representación, pese a que sus derechos individuales políticos no sufren restricción alguna. Kymlicka, a quien sigo en su argumentación, constata en su obra⁷⁴ que por ejemplo en Estados Unidos, los afroamericanos cons-

tituyen el 12,4 % de la población, pero únicamente ocupan el 1,4 % del total de los cargos que deberían tener en función de su peso democrático. Los hispanos constituyen el 8 % de la población, pero únicamente ocupan el 0,8 % de los cargos electos, es decir, una décima parte de su representación electoral proporcional. En Canadá, por ejemplo, que también es un país multiétnico como Colombia pero con una gran distancia de igualdad social, los pueblos aborígenes constituyen el 3,5 % de la población, pero únicamente poseen el 1 % de los escaños del legislativo federal, lo que supone escasamente una cuarta parte de su representación electoral proporcional.

El punto es que si continuamos con las estadísticas poblacionales y su representación en los legislativos, fácilmente determinaríamos que los únicos representados en forma suficiente en las democracias representativas occidentales son los hombres blancos, de clase media, heterosexuales y sanos. Todas las características que no encajen en este grupo son de hecho representados insuficientemente, y las posibilidades resultan bastante amplias si las reducimos a una simple contraposición de mujeres, homosexuales, minorías étnicas, pobres, discapacitados. Ahora bien, el problema de la representación de grupos es que estas cinco características de sexo, raza, tendencia sexual, clase social y condición física cuando son combinadas también forman otros subgrupos que no necesariamente pueden ser cobijados por uno de ellos.

Kymlicka logra probar que la representación *especular*⁷⁵ posee serias barreras y es que si bien las mujeres blancas acceden a ciertos escaños en los cuerpos legislativos, posiblemente las mujeres negras no se consideren suficientemente representadas, o las mujeres discapacitadas, o las mujeres

homosexuales, o las mujeres indígenas. El asunto es que las combinaciones de estos cinco factores podrían resultar tan extensas que difícilmente abarcarían todo el espectro de probabilidades constitutivas de las especificidades de los miembros que integran una sociedad. Si llevamos aún más allá este mismo argumento terminaríamos aceptando que las particularidades de cada individuo con su singular experiencia y rasgos personales nunca podrían ser representados por otro.

En una sociedad pluriétnica, desigual socialmente, sin duda es deseable que la mayoría de sus miembros accedan a los cuerpos deliberativos; pero como hemos visto desafortunadamente por más canales de representación que existan en el juego libre de las democracias, la representación será limitada y concentrada en ciertas generalidades relativamente fijas.

Aceptar estas limitaciones no significa renunciar a buscar y conseguir una igualdad en el acceso a la representación. La solución que se cristaliza acude inexorablemente en primer lugar a la idea de proporcionar los medios institucionales necesarios para el reconocimiento explícito y la representación de los grupos oprimidos; estas medidas incluirían la financiación pública de la defensa de estos grupos, garantizar la representación de los mismos y por último establecer el derecho a *vetar* aquellas políticas que afecten directamente al grupo.

Resulta evidente que las democracias occidentales han enfatizado su labor de reforzamiento en la participación electoral con indudables avances, pero con fuertes inconvenientes, mientras que el derecho al veto ha sido prácticamente soslayado e ignorado.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional no ha sido ciega a esta realidad cuando ha expresado: «El ejercicio de la

jurisdicción constitucional, indispensable en el estado de derecho, es hoy además crucial a fin de mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones. La intervención creciente del Estado en sectores de la vida económica y social, antes alejados de su interferencia, ha multiplicado el tamaño y poder de la administración y modificado el papel de la ley y la función del Congreso. A lo anterior se suma el grado variable de incidencia de los grupos privados organizados sobre las dos ramas que concentran los más importantes recursos de poder en la sociedad. La rama judicial, a través de la jurisdicción constitucional, está llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del ejecutivo y el legislativo modernos. El estado de derecho requiere el igual fortalecimiento de las tres ramas del poder público»⁷⁶.

La jurisdicción constitucional mediante la acción pública de inconstitucionalidad ofrece una alternativa real de institucionalización de la capacidad de veto. En otras palabras, la acción pública de inconstitucionalidad, al permitir la exclusión de las normas que violan derechos fundamentales de los ciudadanos, genera un canal que involucra a las minorías, cualquiera que ella sea, en el proceso decisorio; si bien se encuentran con barreras (aunque no insuperables) para llevar su voz hasta el auditorio en donde se realiza la creación de las leyes, su voz podrá escucharse con toda su fuerza y eco en el proceso de exclusión de la norma.

La acción pública de inconstitucionalidad permite, pues, que las minorías *mutantes* constantes y sectores económicos oprimidos, que pierden espacio y acceso al proceso legislativo mediante el sistema de representación, puedan hacerse partícipes

cuando la ley, aun siendo mayoritaria viole sus derechos consagrados en la constitución. Esto se debe acompañar, como lo hace la Constitución de Colombia, con herramientas serias que permitan el acceso de las minorías a los espacios de discusión de las políticas estatales, al proceso legislativo y representación administrativa por medio de cuotas mínimas de representación, así como fueros legislativos y derechos de autogobierno.

El ideal de la democracia representativa en la cual los intereses de toda la sociedad están representados, de tal manera que el debate legislativo es una extensión de todas las facciones de la comunidad, espacio en donde luego de un debate intenso de argumentación y contra-argumentación se logra parir un acuerdo fruto del consenso, es decir, la ley en nombre del *pueblo*, es un ideal que considero válido y sobre el cual se debe insistir⁷⁷. Lo cierto es que aún no hemos inventado otro sistema mejor; por lo tanto, si debemos y queremos convivir con una democracia representativa, por convicción o por resignación, lo cierto es que a lo que no podemos abandonarnos es a eludir sus deficiencias.

Cuando nos referimos al concepto de democracia en forma genérica, ésta no se sustenta de manera exclusiva en el sistema de mayorías: difícilmente podríamos llamar democracia a un sistema político que desconociera las garantías y derechos de los ciudadanos, aunque las elecciones posean una convocatoria y participación política significativa. Dentro del concepto de democracia las mayorías juegan un papel tan importante como el de la defensa de los derechos fundamentales⁷⁸, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la participación política, por el artículo 40 de la Constitución Política.

La defensa constitucional de los derechos puede plantearse por vía general a través de las acciones de inexecuibilidad o nulidad, dependiendo de si la ofensa de los derechos se origina en una ley o en un acto de la administración, respectivamente; y ante violaciones concretas de derechos fundamentales producidas por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, la persona agraviada tiene la acción de tutela, y para violaciones concretas de los derechos sociales la vía jurídica para su protección son las acciones populares y de cumplimiento.

Pero lo interesante es que esta bondad de la acción pública de inconstitucionalidad como una herramienta de veto que perfecciona el modelo de la democracia representativa, puede y debe ser observada y utilizada por las minorías tanto mutantes como estables.

La existencia dentro de los controles de constitucionalidad de la acción pública de inconstitucional se presenta como la máxima expresión de la democracia, en donde los ciudadanos participan no solamente en la gestación de las leyes sino también en la eliminación de las mismas, que entonces aquí opera de manera directa. La democracia directa y participativa aparece en el panorama jurídico colombiano no como una política gubernamental, sino como la voluntad del constituyente, ya que la misma Constitución Política en el artículo 3 establece: «La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece»⁷⁹.

Adjudicar el poder soberano a la Nación, es fundar un régimen de democracia representativa sin participación de los ciudadanos, salvo en lo que se refiere a elegir y

ser elegido. La soberanía popular es por el contrario un voto de confianza al ciudadano, parte de la premisa de que cada ciudadano es titular de una porción de la soberanía y que por lo tanto tiene derecho a ejercerla de manera directa. El soberano entonces otorga mandato y no representación a quien resulta electo.

Esta noción legítima la existencia de la democracia participativa y de los mecanismos que, como los diseñados por el constituyente de 1991 particularmente en el título IV de la Carta, hacen viable la intervención del ciudadano en la toma de decisiones públicas, así como en la participación, fiscalización y control de la gestión pública.

Gracias al canal de comunicación que proporciona la acción pública, se permite la exacerbación de la democracia deliberativa con el soporte indispensable de la jurisdicción constitucional.

No sobra expresar, a riesgo de ser repetitiva, que la acción pública de inconstitucionalidad no intenta remplazar los mecanismos principales de participación, es decir, no podemos admitir que un sistema político se contente con un acaparamiento del poder legislativo en manos de unos pocos y de un control sobre esa ley para corregir las ausencias de representatividad de ciertos sectores de la sociedad. No se trata de ello. La acción pública de inconstitucionalidad se fundamenta en la superioridad de la Constitución, no en las carencias de los sistemas democrático representativos; sin embargo, sí que ayuda a que la Constitución y sus derechos sean no un privilegio, sino una realidad.

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ PEÑARANDA
Abogada de la Universidad Externado de Colombia.
Candidata al Doctorado en Derecho Constitucional,
Universidad de Barcelona

1. La expresión *dificultad contra-mayoritaria* fue acuñada por ALEXANDER BICKEL, en su obra, *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1962: «La dificultad radical es que el control judicial (*judicial review*) es en nuestro sistema una fuerza contra-mayoritaria [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría sino en su contra» (pp. 16-7). La cita se encuentra en VÍCTOR FERRERES COMELLA. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 41.

2. También denominada *objeción democrática*.

3. Según MAURO CAPPELLETTI el Conseil Constitutionnel «*n' était pas chargé d' assurer la prééminence de la Constitution sur les lois ordinaires; sa tâche était bien plutôt d' assurer que le Parlement ne s'ingèrerait pas dans le domaine autonome de compétence désormais assigné d' une façon exclusive au pouvoir réglementaire de l' exécutif*». *Le Pouvoir des juges*. Paris: Economica, Presses Universitaires D' Aix-Marseille, 1990, p. 222.

4. Para el Tribunal Constitucional Español la naturaleza jurídica de la cuestión de inconstitucionalidad es, al igual que la del recurso, un instrumento de control de la actividad del legislador, destinado a asegurar que en el ejercicio de su labor permanezca dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas que violen estos límites. Ver *STC 17/81*. Ahora bien, aceptar la función de control del legislador no le ha impedido al Tribunal Constitucional predicar que no se corresponde con este procedimiento la depuración abstracta del ordenamiento, labor que reclama para el mismo legislador.

5. Pedro Cruz Villalón considera que uno de los caracteres *básicos* y quizá el “punto de no retorno” del control de constitucionalidad es que opera sobre una voluntad legislativa ya perfecta, es decir posterior a la entrada en vigor de la norma. PEDRO CRUZ VILLALÓN. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 28. Bajo esta óptica el control de constitucionalidad previo simplemente no es control de constitucionalidad.

6. Esta reflexiva similitud entre justicia constitucional y control de constitucionalidad se la debo al prólogo de ELISEO AJA en *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

7. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994.

8. El sentido de *voluntad ciudadana*, o *voluntad general*, resulta difícil de definir; este concepto proviene de la teología, de la mano de Malebranche, que Rousseau convertirá en el concepto central de su teoría política. Una primera aproximación la identifica con el interés general de la comunidad funcionando *como principio regulativo* de la organización política. Su fin es el mantenimiento de la «unión moral y política» que constituye la comunidad. Entendiéndose como aquello que conforma el bien intrínseco de la comunidad como tal y puede entenderse como el punto de confluencia de todos los intereses individuales es la preservación y la continua existencia de la sociedad política, así como la prevención de la desigualdad y el fomento de la libertad. FERNANDO VALLESPÍN. “El Discurso de la democracia radical”. En: *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza, 1998, p. 163. Por su parte, para otros autores, la voluntad popular o interés general es un elemento normativo que no se adapta a la realidad, fraudulento y un tópicos que no describe nada de lo existente en las democracias contemporáneas, en donde las divergencias de opinión sobre cuestiones capitales de la política son permanentes; la fragmentación social y política es probablemente inextirpable de la vida de las sociedades complejas. Ver JOSÉ ANTONIO DE GABRIEL PÉREZ. “La Crítica elitista de la democracia”. En: *La democracia en sus textos*, *Cit.* pp. 203 y 204.

9. En relación con el debate estadounidense consultar R. GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

10. Fix-Zamudio se lamenta por la ausencia de estudios en Latinoamérica sobre este asunto, aunque la bibliografía sobre derecho constitucional es abundante, especialmente en Colombia; es cierto que el debate no se enfoca hacia la profundización en el tema de la legitimidad. JORGE CARPIZO y HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. “Amerique Latine”. En *Le Contrôle Jurisdictionnel des Lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Paris: Economica. Press Universitaires D' Aix-Marseille, 1986, p. 126.

11. Sobre este punto ver el artículo de SANDRA MORELLI RICO. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?* Serie Temas de Derecho Público, Nº 45. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1997. Sobre las particularidades del caso colombiano y su carácter integro,

la denominación del control de constitucionalidad en Colombia, para algunos autores netamente difuso y para otros con un perfil concentrado, y las tesis eclécticas han dirigido durante décadas el debate constitucional en el punto de la conveniencia o inconveniencia de la introducción de un Tribunal o Corte Constitucional en Colombia. Debate que quedó superado finalmente con la introducción de la institución en el sistema jurídico colombiano, gracias a la reforma constitucional de 1991.

12. Me refiero solamente a España, Italia, Alemania y aun en menor medida Francia.

13. Esto no obsta para que algunos autores lleguen a afirmar que el asunto de la legitimidad del Tribunal constitucional y la objeción democrática es «hueca» y en el caso español «particularmente falto de fundamento». Por todos JOSÉ ANGEL MARÍN. *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 21, minimizando en un reduccionismo tosco los múltiples estudios serios y rigurosos sobre esta materia.

14. VÍCTOR FERRERES. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

15. BRUCE ACKERMAN. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

16. *Ibid.*, p. 199.

17. La teoría de la política constitucional se encuentra desarrollada en toda la obra citada, pero resulta especialmente útil la introducción de la versión en castellano que realiza la traductora Gabriela L. Alonso.

18. Sobre este punto ver ELISEO AJA. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional...*, *Cit.*, p. XIII.

19. MAURO CAPPELLETI. *Le Pouvoir des juges*. Paris: Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1990, p. 129.

20. En *Floyd v. Barker*, 77 Eng. Rep. 1305, 1306-7 (Chambre Étoilée 1607). Este es el caso modelo, en lo concerniente a la inmunidad de los jueces según la tradición del *Common Law*. Mencionado en el Informe de los Estados Unidos, Nº 50. MAURO CAPELLETI. *Le Pouvoir...*, *Cit.*, p. 126.

21. MAURO CAPELLETI. *Le Pouvoir...*, *Cit.*, nota 60.

22. Sobre este punto son múltiples los autores que narran minuciosamente las influencias que recibieron los americanos del derecho natural y su filosofía para fundamentar la liberación. Entre otros ALONSO GARCÍA ENRIQUE. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma...*, *Cit.*, p. 53.

24. Sobre la legitimidad del juez constitucional en Estados Unidos, ver GUY SCOFFONI. “La Légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2-1999.

25. Un estudio serio sobre el concepto de revolución haciendo una distinción según la teoría formal y la teoría material, sus implicaciones en la reforma de la Constitución y su legitimidad o ilegitimidad es el realizado por OLIVIER BEAUD. *Le Pouissance de l'État*. Paris: Ed. Léviathan, Presses Universitaires de France, 1994, en especial pp. 369-379.

26. VÍCTOR FERRERES COMELLA. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 44.

27. M. VILLEY. “préface”, *L'interprétation dans le droit*. A.P.D., Tomo XVII, 1972, p. 3.

28. Sobre las diferencias entre la interpretación del derecho en general y la constitucional no existe una tendencia uniforme en su apreciación, hasta el punto que hay algunos autores que niegan cualquier diferencia metodológica interpretativa entre una norma ordinaria y el texto constitucional.

29. La tesis de la textura abierta del derecho fue expuesta por H. L. A. HART en su obra *The Concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. Traducción al español de Genaro Carrió: *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

30. Los valores son expresión del “deber ser” (nivel axiológico) de la pretensión de normatividad de conceptos jurídicos. Son una forma de manifestación jurídica que, aunque existente desde siempre, sólo ha venido a racionalizarse modernamente. Se mueve en un plano distinto al de la diferenciación entre normas y principios, aquéllas como manifestación de un sistema en el que su incumplimiento genera automáticamente una consecuencia; éstos como abstracción de aquellas manifestaciones de un sistema en el que su infracción puede no conllevar consecuencia jurídica alguna, reflejando más bien el espíritu del grupo normativo. ALONSO GARCÍA ENRIQUE. *La Interpretación de la Constitución*, *Cit.*, p. 277.

31. La teoría de la respuesta correcta ha sido un asunto que ha enmarcado la discusión moderna entre Dworkin su defensor y Hart como representante de la tesis opuesta. Según Ronald Dworkin, los principios juegan un rol capital porque siempre guían a los jueces aunque no determinen de manera idéntica la decisión como lo hacen las reglas de derecho. El autor presenta el derecho como una cadena compuesta de un conjunto de reglas y de principios. Los jueces

contribuyen a su formación y deben preocuparse de garantizar la unidad. Por este hacer, ellos deben dar la “buena respuesta”, a la pregunta jurídica que se les presenta. Sólo Hércules el “super-Juez” por las necesidades de lo expuesto puede desarrollar esta labor. Todas las veces los jueces ordinarios deben ser persuadidos a que deben buscar la “buena respuesta”. Precisamente los principios están ahí para ayudarle a encontrarla. Por lo tanto los jueces no tendrían que crear una norma que no pertenece al sistema jurídico en vigor. Lo que excluye todo poder discrecional de su parte. Este modelo ha sido fuertemente discutido y continúa siendolo. Ver RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. En Colombia el debate se encuentra presentado por CÉSAR RODRIGUEZ en su obra *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, 2ª reimp., 1999.

32. La legitimidad de origen se refiere al modo de designación de los jueces constitucionales, en lo referente a la censura realizada por los defensores de la objeción democrática a la ausencia de participación del ciudadano en la elección de los magistrados constitucionales. Esta ha sido la crítica de la que felizmente ha salido mejor librada la justicia constitucional, en la medida en que ha sido ciertamente compensada con el sistema de designación por autoridades políticas, las cuales han sido elegidas popularmente y en forma directa por el ciudadano. Es así como siempre se intenta una mediación de los poderes públicos, ya sea sólo del gobierno (Canadá, Japón, Noruega, Dinamarca), o por el Ejecutivo en acuerdo con la Asamblea (Estados Unidos, Brasil), o la Asamblea con el rey (Belgica), o por una Asamblea (Portugal) o por las dos Asambleas (Alemania) o por el Ejecutivo y el Parlamento (Austria, Francia), o ya sea por el sistema que involucra los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como sucede en Italia, España y Colombia. Cualesquiera que sean las precauciones jurídicas tomadas, las nominaciones son siempre el resultado de un proceso político. Para algunos autores, este sistema de designación legítima contundentemente la justicia constitucional. Ver LOUIS FAVOREU. “La légitimité du Juge Constitutionnel”. *Revue Internationale de Droit Comparé, RIDC*, 2-1994.

33. Sobre este punto ver ELENA GARCÍA GUITIÁN. “El discurso liberal: democracia y representación”. En: *La democracia en sus textos, Cit.*, p. 121.

34. La cita es de BRUCE ACKERMAN. *Op. Cit.*, p. 177.

35. STEPHEN HOLMES. *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*. Paris: Léviathan, Presses Universitaires de France, 1994, p. 189.

36 Esta tesis es ampliamente defendida por el profesor Miguel Angel Aparicio. También ver BRUCE ACKERMAN. *La política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

37. MANUEL ARAGÓN REYES. “Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional”. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 1 (agosto 1997) p. 28.

38. Sobre este punto ver PEDRO CRUZ VILLALÓN. *La formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad, Cit.*, pp. 4 y ss. También el prólogo del profesor ELISEO AJA a *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional...*, *Cit.*, p. XIV, igualmente MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. *Interpretación de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1997.

39. En consecuencia, los dos escenarios o ambientes adecuados para la instalación de tribunales constitucionales se cumplirían doblemente en el caso estadounidense, donde se reúne un modelo de Estado federal con una forma de gobierno presidencial.

40. Resulta revelador en este punto el estudio de derecho comparado realizado por Fix-Zamudio, siguiendo un estudio de DAVID S. CLARK. “Judicial Protection of the Constitution in Latin América”. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, 1975; Según PHANOR EDER. “Judicial Review in Latin America”. *Ohio State Law Journal*, 1974, los países con el grado de efectividad más alto de la justicia constitucional en América Latina son Colombia y Brasil.

41. También suele denominarse integral y paralelo. MANUEL GAONA CRUZ. *Aspectos del Control Constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984.

42. *Ibid.*, p. 82. También citado por LUIS FERNANDO TOCORA. *Control Constitucional y Derechos Humanos*. Bogotá: Librería del Profesional, 1992, p. 57.

43. JORGE CARPIZO y HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. “Amerique Latine”. En: *Le Contrôle Jurisdictionnel des Lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Paris: Economica. Press Universitaires D’Aix-Marseille, 1986, p. 126.

44. Sobre el carácter concentrado que integra la jurisdicción constitucional colombiana existen serias divergencias entre los doctrinantes, inclusive hay algunos que le otorgan un carácter exclusivamente difuso. Por todos ver Ernesto Rey Cantor, quien afirma «En Colombia no existe una jurisdicción constitucional y un control constitucional con-

centrados, es decir, que sea un juez único que ejerza la primera y aplique el segundo. Uno y otro es difuso, lo que quiere decir que la jurisdicción constitucional la ostentan distintos órganos de la rama judicial». ERNESTO REY CANTOR. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Cali: Universidad Libre, 1994.

45. Esta ha sido la tesis sostenida por la Corte Constitucional colombiana; consultar sentencia C-197-99.

46. El hecho de que la Corte Constitucional sea parte de la rama judicial del poder público y que la Constitución guarde silencio respecto a su jerarquía estructural explica de cierta manera la acertada denominación realizada por la profesora Sandra Morelli de *via crucis*, como término que denota las dificultades que ha tenido que asumir la Corte Constitucional en su inserción al orden constitucional colombiano. SANDRA MORELLI RICO. *La Corte Constitucional...*, *Cit.*, p. 14.

47. MANUEL GAONA CRUZ. *Control y Reforma de la Constitución en Colombia*, Tomo 2. Bogotá: Ministerio de Justicia. Superintendencia de Notariado y Registro, p. 60.

48. El artículo 2º de la Constitución Política: «Son fines esenciales del Estado: ...facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación...».

49. JORGE CARPIZO y HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. “Amerique Latine”. *Le controle Jurisdictionnel des lois*, *Cit.*, p. 126.

50. A manera de ejemplo, en el proceso C-524-93 por el cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 12, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26 de la ley 40 de 1993, denominada también “ley antisequestro”, mediante la cual se regula y establecen las herramientas del Estado en la lucha contra el secuestro, tema que en razón de las alar-mantes proporciones con el que se repite este delito en Colombia lo convierte en un tema sensible para la sociedad, y por tanto considerado como un “*caso difícil*”. Participaron en este proceso el demandante, otro ciudadano que apoyaba la constitucionalidad de las normas demandadas y las siguientes instituciones por medio de sus representantes: 1. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 2. Ministerio de Justicia y del Derecho, 3. Comisión Andina de Juristas, 4. Procuraduría General. Cada una de estas partes presentó un alegato en defensa o en impugnación de la norma demandada. Así mismo el magistrado sustanciador

solicitó la realización de una audiencia pública que contó con la participación de las siguientes personas: 1. Ministro del Interior, 2. Ministro de Justicia, 3. Ministro de Defensa, 4. El demandante, 5. Procurador General de la Nación, 6. Fiscal General de la Nación, 7. Senador ponente del proyecto de ley, 7. Director de la entidad sin ánimo de lucro “País Libre”. De tal manera que en la audiencia se encontraban presentes el poder legislativo, el ejecutivo, los organismos de control, la ONG directamente vinculada en el asunto y el demandante.

51. Artículo 12 del decreto 2067 de septiembre 4 de 1991. Esta defensa de la norma por parte del legislador puede en cierta manera entenderse como un respeto a la igualdad de los poderes públicos dentro del proceso.

52. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-275-96.

53. Para que la Corte Constitucional pueda extender su análisis de inconstitucionalidad a otros aspectos de la norma acusada que involucra por ende otros mandatos constitucionales es necesario que el ciudadano cite a lo menos un cargo de inconstitucionalidad. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-416 del 18 de junio de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

54. VÍCTOR FERRERES. *Op. Cit.*, p. 180.

55. Pero para darle vitalidad y eficacia a los esfuerzos argumentativos de los ciudadanos hay que distribuir también equitativamente las herramientas para dialogar, y aquí me refiero a un acceso igualitario a la educación. De nada sirve un mecanismo de igual tratamiento formal o legal a los ciudadanos, cuando ellos son desiguales para expresarse, cultivarse e informarse. Para que la participación igualitaria en el debate sea posible, se requiere una igualdad en el acceso a la educación.

56. Este principio se encuentra establecido en el decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991, artículo 6.

57. La Corte Constitucional tiene un plazo ordinario de 90 días para decidir una vez admitida la demanda y rendido el informe del procurador que a su vez posee un plazo de 30 días para su elaboración (artículos 6 y siguientes del decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991), el cuidadoso cumplimiento de estos plazos por parte de la Corte Constitucional ha contribuido a darle eficacia y credibilidad a esta jurisdicción.

58. El artículo 3º de acuerdo N° 05 de 1992 por el cual se recodifica el reglamento de la Corporación, establece: «*Mayoría*. Las decisiones de la Corte, salvo lo dispuesto en la ley para determinados casos,

se adoptarán por mayoría absoluta. Se entiende por mayoría absoluta cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integren la Corte. Con todo, cuando uno o más magistrados estimen fundamentadamente que un asunto se decida por consenso y así lo propongan, la Sala Plena de la Corte hará lo conducente para lograrlo y dispondrá que la decisión de tal asunto no se produzca antes de la siguiente sesión ordinaria, cuando los términos constitucionales y legales así lo permitan. Si no se obtuviere el consenso, se aplicará la regla general sobre mayorías».

59. Sentencia de la “dosis personal”.

60. Sobre este asunto resulta significativa la afirmación de María Luisa Balaguer: «No es frecuente ver en la doctrina una distinción clara entre la interpretación de las normas y su aplicación. Considerada como un aspecto más de la interpretación (cita aquí a V. FROSINI, quien por ejemplo equipara ambas operaciones, y salvo que se trate de una interpretación doctrinal, dice, el jurista siempre refiere la interpretación a una aplicación práctica. *La letra y el Espíritu de la ley*, p.106); la aplicación no ha sido objeto de un estudio independiente en la interpretación del Derecho. En todo caso, la interpretación es una parte de la aplicación del derecho (J. IGARTUA SALAVERRÍA. *Margenes y límites en la aplicación del derecho*, Donostia: Librería Carmelo, 1992, p. 9), de modo que aplicación e interpretación se corresponden con dos fases distintas, aunque complementarias (Para Falcon y Tella, no hay separación absoluta entre interpretación y Aplicación. Ni mucho menos contradicción, la diferencia estaría en el objeto y en el método)». Cita de De Castro: «interpretar es averiguar al sentido; aplicar una norma es poner en práctica ese sentido, valorando conforme a él los hechos sociales». MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

61. Sobre el concepto de aplicación y la crítica a ROSS ver JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA. *La regla de reconocimiento de la Teoría jurídica de Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

62. El sistema español soportado en la cuestión de inconstitucionalidad es un caso paradigmático en este asunto, en donde los únicos sujetos legitimados para iniciar o instar dicha vía de control son los órganos judiciales.

63. Los antecedentes de las sentencias condicionadas en Colombia se remontan a la Corte Suprema de Justicia, la cual, mientras ejerció el control cons-

titucional durante la vigencia de la Constitución de 1886, recurrió en algunas ocasiones a este tipo de decisiones. Por ejemplo, en 1944, la Corte Suprema declaró inexecutable la expresión «haya completado o complete 20 años [...] antes [...] de la vigencia de esta ley» del artículo 1º de la ley 51 de 1943, porque, según la Corte, «con anterioridad a esta ley la prescripción adquisitiva entre comuneros ha de regirse por los preceptos del Código Civil». Sentencia del 2 de noviembre de 1944. Magistrado Ponente: Ricardo Jordán Jiménez. *Gaceta Judicial*, Tomo LVIII, p. 7. Igualmente, en 1961, la Corte Suprema declaró inexecutable ciertos apartes del decreto legislativo 12 del 4 de junio de 1959, que señalaban que sus normas procesales se aplicarían hasta la terminación de determinados procesos penales. Según la Corte, y en virtud del principio de favorabilidad penal consagrado por la Carta, la aplicación del decreto era inexecutable «en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia». Sentencia del 24 de julio de 1961. Magistrado Ponente: José Hernández Arbeláez. *Gaceta Judicial*, Tomo xcvi, p. 8. Lo paradigmático de estas decisiones es que la Corte Suprema no se limita a retirar del orden legal un texto normativo, sino que establece, con base en principios constitucionales, una proposición normativa que integra el eventual vacío legal que podría generar la decisión de inexecutable. Y esto es claramente una sentencia integradora.

64. En la sentencia C-011 del 21 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, la Corte admite solo la acción de inconstitucionalidad por vicios de forma de las leyes estatutarias, siempre y cuando estos vicios sean posteriores al control de constitucionalidad realizado por la Corte.

65. F. MACKINNON. *Postures and Politics: Some Observations on participatory Democracy*. University of Toronto Press, 1973, p. 8.

66. GIOVANNI SARTORI. “El coste del liberalismo”. En: *Teoría de la Democracia*, Vol. 1: *El debate contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1998. Reproducción del mismo texto en *La Democracia en sus textos*. Cit., p. 301.

67. JOSÉ ANTONIO DE GABRIEL PÉREZ. “La crítica elitista de la democracia”. En: *La democracia en sus textos*. Cit., pp. 197-210.

68. JOHN RAWLS. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica y Oxford University, 1971.

69. No sucediendo lo mismo con los derechos, sociales en donde las contingencias personales son

las que determinan un trato diferente para los ciudadanos. En los derechos sociales la regla de oro es “*igualdad dentro de la diferencia*”.

70. El texto completo de la norma impugnada reza: «El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo: 1º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges. 2º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título 10 del libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor. 3º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido. El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el juez civil competente, por la vía ordinaria. Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo».

71. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-109/95.

72. Sobre la discusión del correcto sentido de minorías anónimas y difusas de Ackerman, ver el análisis realizado por VÍCTOR FERRERES. *Justicia Constitucional...*, Cit., p. 62.

73. MAURO CAPPELLETTI citando a M. SHAPIRO, en *Cours constitutionnelles...*, Cit., p. 478. Citado a su vez por FAVOREAU. “Légitimité du Juge Constitutionnel”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2-1994, p. 571.

74. WILL KYMLICKA. *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press. Traducción al español de Carme Castells: *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

75. La teoría de la *representación espectral* presupone que la gente únicamente puede estar plenamente representada por alguien de su mismo género, clase, ocupación, étnia, lengua, etc., de tal manera que el legislativo es representativo de la población en general si refleja las características étnicas, de género y de clase de dicha población. Una idea interesante que plantea esta teoría es que la capacidad de representación de los individuos que poseen las condiciones tradicionalmente consideradas como el núcleo duro de discriminación es intranferible. No se trata de que no exista una capacidad de ponerse en el lugar de otro, sino que hay una frontera entre representar la condición de otro y sus consecuencias, y la realidad de compartir personalmente las condiciones del grupo que representa. El problema de esta argumentación es que pareciera que liberara de responsabilidad a los otros de las cargas propias de representar a todos los ciudadanos. KYMLICKA. *Ciudadanía multicultural*. Cit., pp. 183-209.

Accidentalmente la historia ha probado que muchas de las conquistas de los grupos minoritarios y en especial comunidades indígenas no han provenido de ellas sino de otros sectores que se han solidarizado y presionado el cambio jurídico y social, precisamente porque a ellas les estaba vedado participar y además para hacerlo tenían que realizarlo según el esquema del blanco.

76. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006, del 12 de mayo de 1992.

77. Tenemos que tener en cuenta que de la integración del Congreso y su capacidad para representar a los diversos sectores de la sociedad influye también en la integración de la Corte Constitucional, si no olvidamos que ellos, los congresistas, son los que finalmente eligen a los jueces constitucionales. Aquí tengo en mente lo inadmisibile que resulta que aún no exista una mujer en la Corte Constitucional colombiana.

78. Para algunos autores el concepto de democracia se nutre también de la prosperidad económica, atando inexorablemente solidez democrática y riqueza. Ver JUAN J. LINZ. “Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias”. En: *La democracia y sus textos*, Cit., p. 233.

79. El sistema colombiano ha introducido una de las figuras más controvertidas de la democracia participativa, como es la revocatoria del mandato, consagrada en los artículos 40 ordinal 4 y 103 de la Carta Política.

