VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francisco Gnecco Estrada* (Colombia)
Santiago García Jaramillo (Colombia)**

Por una colaboración armónica entre el juez constitucional y el poder político. Análisis desde la historia constitucional colombiana

RESUMEN

A partir de una definición del concepto de soberanía popular y de la función del juez constitucional, este artículo evidencia la necesidad de construir teorías latinoamericanas sobre el rol del juez constitucional y su relación con el poder político. Se tomará como referencia el análisis de la intervención del juez constitucional en Colombia y las tensiones que ello ha implicado con las demás ramas del poder público. Lo anterior permitirá concluir que el estudio de los tribunales constitucionales latinoamericanos no puede limitarse a reproducir las críticas y propuestas que se formulan en el derecho comparado, sino sumarse al análisis de la historia constitucional y de los contextos democráticos propios de los países latinoamericanos.

Palabras clave: constitucionalismo, democracia, separación de poderes.

ZUSAMMENFASSUNG

Auf der Grundlage einer Definition des Konzepts der Volkssouveränität und der Funktion der Verfassungsrichter begründet der Beitrag die Notwendigkeit, lateinamerikanische Theorien zur Rolle der Verfassungsrichter sowie deren Verhältnis zur Politik zu entwickeln. Dabei wird als Ausgangspunkt auf die Analyse der Eingriffe der kolumbianischen Verfassungsrichter und den Spannungen, die dadurch bei den anderen Armen der öffentlichen Gewalt ausgelöst wurden, abgestellt. Diese

* Estudiante de 10.º semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Asesor de Derecho Público de Durán & Osorio Abogados Asociados. f.gnecco94@uniandes.edu.co.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. santiago.garcia@javeriana.edu.co.

Untersuchung lässt den Schluss zu, dass die Betrachtung der lateinamerikanischen Verfassungsgerichte sich nicht auf die Wiederholung der Kritik und der Vorschläge, die im vergleichenden Recht formuliert werden, beschränken darf, sondern dass außerdem eine Analyse der Verfassungsgeschichte und des für die Länder Lateinamerikas charakteristischen demokratischen Kontexts vorgenommen werden muss.

Schlagwörter: Konstitutionalismus, Demokratie, Gewaltenteilung.

ABSTRACT

Based on a definition of the concept of popular sovereignty and of the function of constitutional judges, this article demonstrates the need to construct Latin American theories on the role of constitutional judges and their relationship with political power. An analysis of the interventions of the Constitutional Court in Colombia and the tensions that this has generated with the other branches of government will serve as a reference. This will allow one to conclude that the study of Latin American constitutional courts cannot be limited to a reproduction of the criticisms and proposals that are formulated in comparative law, but rather must be joined with an analysis of constitutional history and the democratic contexts of Latin American countries.

Keywords: constitutionalism, democracy, separation of powers.

Introducción

El presente texto parte de la premisa de que es necesario que existan tribunales con funciones de justicia constitucional en las sociedades que viven procesos de consolidación o transición democrática, tal como es el caso colombiano, o en aquellas que han sufrido “experiencias históricas de vaciamiento velado o abrupto de la esencia liberal de un ordenamiento fundamental democrático”.¹

No obstante que en Colombia el control constitucional es una institución jurídica arraigada desde inicios del siglo XX, el funcionamiento de los tribunales constitucionales no ha sido ajeno a discusiones que parten de cuestionar su legitimidad democrática y que consideran el ejercicio de algunas de sus funciones como contrarias al postulado de soberanía popular. Un análisis teórico de la soberanía popular y su tensión con los tribunales constitucionales permitirá probar la premisa planteada. A partir de allí, será necesario evaluar algunas de las más importantes críticas al funcionamiento de dichas cortes y, en general, a la tensión entre constitucionalismo y democracia, haciendo referencia a algunos hitos constitucionales en Colombia, donde la Constitución de 1991, recogiendo una tradición que data de 1910, incorpora desde su preámbulo la democracia como principio y, a su vez, le otorga unas amplias funciones al juez constitucional.

¹ Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009).

1. El concepto de soberanía popular

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece: “Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella [la soberanía]”. Así define la relación de supremacía que existe entre *la nación* y el ejercicio de cualquier tipo de autoridad. Esta aproximación al ejercicio de la soberanía es problemática en cuanto deja un amplio margen para definir ese ente ficto denominado *nación*.

En Estados Unidos se había señalado con claridad que la soberanía residía en *el pueblo*.² Así quedó establecido en el preámbulo de la Constitución de 1787, excluyendo cualquier ficción jurídica del vínculo entre el poder soberano y constituido. Coherente con ello, George Washington afirmaría: “El pilar de nuestro sistema político es el derecho del pueblo para darse y modificar sus constituciones de gobierno”.³

Años más tarde, este aserto sería desarrollado por Alexis de Tocqueville en los siguientes términos:⁴ “*No solo son las instituciones democráticas en sus principios, sino también en sus consecuencias*; en efecto, el pueblo directamente escoge sus representantes y, como regla general, los elige anualmente para hacerlos aún más dependientes de aquel. En conclusión, en realidad es el pueblo quien gobierna” (cursivas por fuera de texto).⁵

En síntesis, para Tocqueville: “En cualquier país gobernado por el pueblo, la mayoría gobierna en el nombre del pueblo”.⁶ De esta forma se introduce otro elemento característico de la soberanía: su ejercicio a través de la mayoría.⁷

Las revoluciones que dieron paso a los primeros estados democráticos modernos reaccionaron frente a las aristocracias y grupos minoritarios privilegiados,⁸ imponiendo a la mayoría como intérprete y representante de los intereses de la nación, y, como tal, la única facultada para tomar decisiones fundantes y legislativas. La abolición del voto estamentario, poco a poco, dio lugar al voto proporcional y

² En un contexto distinto, el pueblo conformado por hombres libres cuando aún existía la esclavitud, y las mujeres no tenían plenitud de derechos políticos.

³ George Washington, *Farewell Address*, en John Grafton, *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola, NY, Dover Publications, 2000.

⁴ El título del capítulo resulta sugestivo al señalar: “Por qué puede declararse con firmeza que es el pueblo quien gobierna en los Estados Unidos”.

⁵ Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

⁶ *Ibid.*, p. 202.

⁷ Grafton, *op. cit.* *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola, NY, Dover Publications, 2000. Al respecto, ver Abraham Lincoln, Discurso de Gettysburg, 19 de noviembre de 1863.

⁸ Emmanuel Joseph Sieyès, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 177. Al respecto, señala el autor: “La voluntad del tercer Estado será siempre buena para la mayoría de los ciudadanos”.

representativo, lo que sin duda llevó a concluir que lo mayoritario, en cuanto suma de mayores voluntades individuales, necesariamente era positivo.

Puede afirmarse, entonces, que los elementos característicos de la soberanía popular son: la supremacía del pueblo sobre el ejercicio de los poderes públicos, la delegación de autoridad de aquel a estos, y la intervención de las mayorías como agente que representa la voluntad popular. Ello se materializa en un poder constituyente que, en nombre de la mayoría, se da unas reglas que establecen los órganos para el ejercicio del poder y sus límites, y reconoce derechos. En todo caso, el pueblo guarda para sí la facultad de reformar dichas normas o, incluso, de procurarse unas nuevas. En consecuencia, surge la denominada legitimidad de origen: toda autoridad tendrá más *auctoritas* en la medida en que su elección competa directamente al pueblo y sea representativa de este.⁹ Este debate no sería ajeno a la historia constitucional colombiana. Precisamente en 1991, la Constitución instituyó de forma clara que la soberanía procede del pueblo y, como tal, le otorgó mecanismos de participación popular directos, en contraposición a su antecesora de 1886, cuya soberanía radicaba en cabeza de la nación.

1.1. El concepto de soberanía popular limitada

El concepto de soberanía popular fue objeto de reproches casi desde su misma consagración. Desde la fundación de los Estados Unidos, algunos federalistas expresaron cierta reserva frente al ejercicio de un poder mayoritario, señalando que, en ocasiones, podía encontrarse cooptado por *pasiones coyunturales*: “Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que [...] tienen entretanto la tendencia a ocasionar [...] graves opresiones del partido minoritario de la comunidad”.¹⁰

Tocqueville concluiría que la principal amenaza para la democracia residía en el ejercicio desbordado del poder mayoritario. Para caracterizar dicho ejercicio acuñó una expresión que se mantiene vigente en el derecho constitucional actual: “la tiranía de las mayorías”. Ello se contraponen al concepto de minoría de la Revolución francesa; mientras que esta hacía referencia a la de un grupo privilegiado, no representativo numéricamente, Tocqueville se encamina a encuadrar a quienes se encuentran excluidos¹¹ de representación, o son apenas una parte minoritaria de ella.

Ahora bien, si se admite que un hombre revestido de la omnipotencia puede abusar de ella contra sus adversarios, ¿por qué no se admite lo mismo

⁹ Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

¹⁰ Alexander Hamilton, *Federalist Paper 78*, en *The Federalist Papers*, Tribeca Books, 2014.

¹¹ Tocqueville, *op.cit.*, p. 457.

de una mayoría? Los hombres, al reunirse, ¿han cambiado de carácter?, ¿se han vuelto más pacientes ante los obstáculos al hacerse más fuertes? Por mi parte, no puede creerlo, y el poder de hacerlo todo, que niego a uno solo de mis semejantes, no se lo concederé nunca a varios.¹²

Tocqueville continúa su reproche a la soberanía popular, señalando que su peligro reside en la ausencia de límites. A diferencia de Hamilton, aquel no ve dicho riesgo como simples *malos humores* o *coyunturas especiales*, sino que lo caracteriza como inherente al sistema democrático y, por lo tanto, su principal peligro.¹³

Así las cosas, la aproximación al concepto de soberanía interna del Estado, que parte de la *potestas absoluta* de la nación, es superada por un concepto ya no basado en una persona moral, sino fundamentado en todos los ciudadanos que se entienden incorporados en el pacto constitucional. Este concepto es problemático, en cuanto esas voluntades mayoritarias son las creadoras y guardianas de la constitución, lo que no permite asegurar que estas no vayan en contra de tal pacto.¹⁴ De ello se desprende la necesidad de tener un órgano que vele por los compromisos constitucionales.

1.2. El debate en torno a la aparición de los tribunales constitucionales: críticas tempranas al juez constitucional

El establecimiento de un órgano que velara por la defensa de la constitución no estuvo exento de debates teóricos desde su formulación inicial. A pesar de que en Colombia la discusión sobre la conveniencia del control de constitucionalidad se materializó en las reformas constitucionales de 1910 y 1914, donde la Constitución adquirió carácter de norma suprema,¹⁵ en Europa llegó 20 años después con el famoso debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la relación entre política y justicia.

Carl Schmitt señaló que la existencia de un Tribunal Constitucional “politizaría la justicia” y se convertiría en “dominador de la constitución”, transfiriendo al poder judicial una función ajena a la teoría de la separación de poderes, en tanto que las competencias políticas están en cabeza del legislador y del Ejecutivo, y este último era el contrapeso que la Constitución de Weimar había ideado frente a aquel. Así, un “tribunal de justicia política o constitucional” crearía “una instancia suprema con

¹² *Ibid.*, p. 454.

¹³ *Ibid.*, p. 455.

¹⁴ No en vano, autores como Karl Loewestein (*Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Ariel, 1970, p. 178), con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, señalaron que existen límites implícitos al poder de reforma constitucional.

¹⁵ Al respecto, ver Mario Cajas, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1886-1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

atribuciones para formular preceptos constitucionales”, lo que irremediamente habría de devenir en una “aristocracia de la toga”.¹⁶

Schmitt, al señalar que Alemania era una democracia constitucional, abogaría por el presidente como el defensor de la Constitución, entre otras razones, porque el ejercicio de su autoridad permite enlazarse “de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación”.¹⁷ El presidente, al ser elegido por *todo*¹⁸ el pueblo, era independiente de los demás órganos del poder público e imparcial frente a los partidos y grupos de interés. Adicionalmente, la Constitución le otorgaba mecanismos para apelar directamente al pueblo en defensa del texto que juraba defender,¹⁹ por lo que, para Schmitt, era innegable que el presidente fuera “el defensor de la Constitución”.

Kelsen enfrentaría esta polémica con una premisa en apariencia sencilla, pero que tiene hondas implicaciones teóricas: “Nadie puede ser juez de su propia causa”.²⁰ En consecuencia, el defensor de la constitución debería ser un tribunal independiente e imparcial, que no sólo sería un contrapeso al legislador sino incluso al Gobierno.

Kelsen responde a Schmitt que evidentemente el tribunal constitucional tendrá implicaciones políticas, puesto que las sentencias judiciales son también “productoras de derecho”; aun cuando estas son el resultado de un “acto de jurisdicción, es decir, de aplicación del derecho”, los jueces no son “autómatas jurídicos”. Pero para reducir la discrecionalidad del juez, las constituciones “no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del parlamento –no previsto por la constitución– y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él”.²¹

En respuesta a la “objección democrática” formulada por Schmitt, Kelsen responde que “no hay obstáculo alguno, si se quiere constituir este tribunal democráticamente [...] hacerlo elegir por el pueblo lo mismo que al jefe de Estado”, pero añade, anticipándose a lo que hoy se conoce como control *antimayoritario*, que este mecanismo de elección es “oportuno para la función del organismo”, por lo que propone que su elección sea a través del parlamento,²² como ocurre en Colombia.

Finalmente, Kelsen responde a la objeción de la anulación de la separación de poderes resaltando el carácter *sui generis* del tribunal constitucional, afirma que al

¹⁶ Carl Schmitt, *El defensor de la constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

¹⁷ *Ibid.*, p. 287.

¹⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

¹⁹ Schmitt, *El defensor de la constitución*, *op. cit.*, pp. 285-286.

²⁰ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, p. 293.

²¹ *Ibid.*, pp. 314-315 y 320.

²² *Ibid.*, pp. 357-358.

tener “el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con poder legislativo” y, en tal medida, su existencia configura “una atribución del poder legislativo entre dos órganos” y no como “una intrusión en el poder legislativo”. Este argumento será concluido por Kelsen en el sentido de que “la institución de la Justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de la separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo”, puesto que “son precisamente el Parlamento y el Gobierno [...] órganos que participan en el procedimiento legislativo” y son estos “quienes deben ser controlados por la justicia constitucional”.²³

A pesar de que a primera vista la historia del siglo XX de alguna forma le dio la razón a Kelsen, las críticas de Schmitt sobre la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales siguen vigentes, sobre todo en el contexto colombiano donde, como se verá, los órganos Legislativo y Ejecutivo son disfuncionales y la sustracción de sus competencias por parte de la jurisdicción constitucional no los fortalece como instituciones democráticas.

2. La doctrina de la democracia constitucional: el “dogma” del juez constitucional

Las constituciones de la posguerra dejaron de ser una hoja de ruta dirigida al legislador, para tener valor normativo directo. Así, la idea de supremacía constitucional²⁴ pasaría a ser un elemento esencial de las constituciones.

En consecuencia, se reevaluaría la concepción misma de soberanía popular, hasta entonces característica del Estado moderno. En tales términos señala Ferrajoli:

Se rompe entonces el postulado –positivista y a la vez “democrático”– de la omnipotencia del legislador y de la soberanía de parlamento. Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna como *potestas* absoluta, al no existir ya poderes absolutos, pues todos se encuentran sometidos al derecho [léase a la constitución] se disuelve de manera definitiva.²⁵

El carácter normativo de la constitución tiene como consecuencia, entre otros, la dotación de efectividad a los derechos allí consignados. Es decir, la constitución,

²³ *Ibid.*, pp. 325-326.

²⁴ Esta idea sería usada como fundamento de un control de constitucionalidad por primera vez en la sentencia *Marbury v. Madison* [1804].

²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 141.

al reconocer derechos, necesariamente los erige como barrera frente al ejercicio del poder, no solo por los órganos del Estado, sino frente a las mayorías.²⁶

Esto se evidencia con la conformación de tribunales constitucionales con el propósito de ser defensores de la constitución y, en consecuencia, salvaguardar los derechos allí consignados. Esto se traduce en que las normas constitucionales, con especial consideración de los derechos fundamentales, tienen un efecto irradiador en todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Así se materializó en Colombia al crear en 1991 la acción de tutela, que dota a los derechos constitucionales de eficacia directa, y que otorga al tribunal constitucional la función de tomar la última decisión en relación con estos.²⁷

La dignidad humana,²⁸ además de fundamento de los derechos fundamentales, pasa a ser la esencia del Estado constitucional. Se toma así tanto el postulado de Pico della Mirandola como la formulación del imperativo categórico kantiano: el hombre como un fin en sí mismo y nunca como medio. Tanto la constitución como la ley buscarán materializar tal principio y frenar el desconocimiento sistemático de los derechos fundamentales en nombre y bajo el amparo de la mayoría.²⁹ Esta forma de concebir el derecho, partiendo de la dignidad humana, no está ajena a debate, pero su indeterminación tiene como consecuencia que no exista una forma unívoca para su materialización.

Por un lado, están quienes ven como excluyentes la democracia y el constitucionalismo,³⁰ poniendo la carga de la desconfianza en la democracia, pero, sobre todo, en el postulado de soberanía popular. Así mismo, la Corte Suprema de Estados Unidos en 1943 señaló la necesidad de ubicar la toma de ciertas decisiones por fuera del alcance de los órganos de representación mayoritaria. Así, la Constitución busca: “[S]ustraer ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, para ubicarlas más allá del alcance de las autoridades y de las mayorías para establecerlas como principios legales a ser aplicados por la cortes”.³¹

Por otro lado están quienes, defendiendo la esencia de la democracia constitucional, no ven en ella una tensión irreconciliable entre soberanía popular y constitucionalismo, pues los consideran principios complementarios³².

En tal sentido, señala Robert Post: “Los derechos constitucionales no necesitan ser opuestos a la democracia. [...] Los derechos constitucionales pueden ejemplificar o ilustrar los valores que la democracia busca establecer, y que también pueden

²⁶ Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 241.9.

²⁸ Así, la Constitución Política de Colombia reconoce en su artículo 1.º que la República de Colombia se funda en la dignidad humana.

²⁹ Al respecto, ver Sentencia Lüth [1958], BVerfGE 7, 198.

³⁰ Robert Post y Reva Siegel, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, núm. 178, 2004.

³¹ *West Virginia v. Barnette* [1943], 319 US 624, 638.

³² Janos Kis, *Constitutional Democracy*, Budapest, CEU Press, 2003, p. 235.

resultar necesarios para la formación discursiva de la voluntad popular sobre la que se basa la democracia”.³³

En Colombia, mientras que en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha adoptado tesis similares a las de Ferrajoli y a las de *West Virginia v. Barnette*,³⁴ en otras ha buscado armonizar la democracia con el constitucionalismo.³⁵

3. Críticas modernas al papel del juez constitucional: la tensión entre justicia y política

En el interior del órgano que hizo la primera revisión de constitucionalidad en un Estado moderno –la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos–, la conveniencia y el alcance de esta institución han sido ampliamente debatidos.

En el caso colombiano ha existido cierto consenso en cuanto al carácter abierto de las disposiciones constitucionales,³⁶ el cual impera en vigencia de la Constitución de 1991, donde se ha adoptado –casi por unanimidad– el concepto de principio³⁷ para caracterizar la gran mayoría de preceptos constitucionales. A pesar de este “consenso”, es necesario tener cuidado a la hora de importar las discusiones extranjeras sobre el rol del juez constitucional, su limitación o su activismo.

Ha sido común importar las críticas o las figuras de interpretación constitucional extranjeras sin pasarlas por el tamiz de nuestra historia constitucional,³⁸ sin entender que, aun con todas sus vicisitudes, Colombia ha tenido un desarrollo constitucional propio,³⁹ que hace mandatorio elaborar una teoría autóctona del rol del juez constitucional y su relación con la democracia.

³³ Post y Siegel, *op. cit.* Traducción propia.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-551 de 2003, C-1040 de 2005, C-141 de 2010 y Auto A-025 de 2015, entre otros.

³⁵ Al respecto, ver la aclaración de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-141 de 2010.

³⁶ Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1972.

³⁷ Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

³⁸ Lo cual es una práctica recurrente en el continente, como lo pone de presente Humberto Ávila al criticar la recepción exenta de crítica que se hace del “neoconstitucionalismo” en Brasil, y que se asimila a nuestro caso. En este sentido, señala el autor: “El ‘neoconstitucionalismo’ [...] se acerca menos a una teoría jurídica o método y más a una ideología o movimiento, defendido con retórica, vaguedad y servilismo a la doctrina extranjera” (“Neo constitucionalismo”: entre la ‘ciencia del derecho’ y el ‘derecho de la ciencia’”, *Gaceta Constitucional*, núm. 66, 2008. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Neoconstitucionalismo.pdf>).

³⁹ En este sentido, ver Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2010.

Si bien la perspectiva comparada es útil y necesaria,⁴⁰ debe buscarse un proceso de adaptación y no una simple implementación. Adaptar implica ajustar a nuestra realidad; así, las principales críticas extranjeras al juez constitucional deben tener en cuenta la perspectiva de si aportan o no al debate local.

Hay que partir de que en Colombia la revisión de constitucionalidad nace de una asamblea constituyente, elegida como un pacto de paz entre liberales y conservadores en 1910.⁴¹ Por medio de ella se le dio al ciudadano, por el simple hecho de serlo, el derecho a defender su Constitución.⁴²

En este sentido, en el caso colombiano no puede hablarse, *prima facie*, de una usurpación del poder del pueblo por parte del Poder Judicial, como suelen afirmar los más acérrimos críticos del rol del juez constitucional en los Estados Unidos. Lo sucedido en Colombia, desde 1910, se asemeja más al denominado “constitucionalismo democrático”, donde se busca reconciliar el principio democrático con el poder que tienen las Cortes de ejercer el control de constitucionalidad y de interpretar la Constitución. Así, entonces, se construye una paradoja, pues la autoridad constitucional se fundamenta en la materialización del principio democrático, como en la legitimidad de la Constitución misma como derecho aplicable.⁴³

El constituyente de 1991 mantuvo la acción de inconstitucionalidad y su titularidad en el ciudadano en lo que se asemeja al ejercicio de un derecho político,⁴⁴ pues se frena el ejercicio del poder, y se puede frenar, ni más ni menos que el ejercicio del Poder Legislativo, e incluso el poder constituyente. Pero también, cuando la Corte interpreta el sentido y el alcance de los derechos constitucionales, lo hace gracias a una acción que tiene origen en cualquier ciudadano. El constituyente colombiano pretendió entonces reconciliar democracia y constitucionalismo. Sin embargo, la Corte Constitucional no siempre ha tenido esto presente en el ejercicio de sus funciones.

3.1. La objeción democrática: la democracia vs. la supremacía judicial

Para un sector de la doctrina, el ejercicio de la revisión de constitucionalidad sus- trae del pueblo uno de los principios de un Estado democrático, como lo es la ca-

⁴⁰ Mark Tushnet, “Why Comparative Constitutional Law?”, en Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 6.

⁴¹ Lácides Segovia, *Acto Legislativo 3 de 1910*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1953.

⁴² Salvamento de voto de los magistrados Villegas, Navarro y Euse a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de abril de 1912 con ponencia del magistrado Suárez Murillo (*Gaceta Judicial XX*), en Juan Carlos Esguerra, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

⁴³ Post y Siegel, *op. cit.*

⁴⁴ Esguerra, *op. cit.*

pacidad de autogobierno,⁴⁵ lo que implica la capacidad de ser el último intérprete de su Constitución,⁴⁶ pues el rol del juez constitucional se convierte en supremo.⁴⁷ Así, el papel del juez constitucional se ve enfrentado a la democracia.

Por ejemplo, Larry Kramer ha señalado que las cortes, al fungir como órganos supremos en la interpretación de la Constitución, se convierten en “una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una ‘competencia suprema’ y su supremacía es un indeseable elemento aristocrático que vulnera el sistema democrático”.⁴⁸

En conclusión, la objeción democrática no es más que un problema de legitimidad de origen, de los jueces constitucionales, en el ejercicio de la definición de cuestiones que “deberían ser organizadas y definidas por la ciudadanía, directamente o por sus representantes, y no por personas que carezcan de esas credenciales democráticas”.⁴⁹ Y aunque esta objeción ha hecho carrera en algunos magistrados de nuestra Corte⁵⁰ e incluso en círculos académicos, debe tomarse con cuidado a la hora de elaborar nuestra propia teoría del rol del juez de constitucionalidad.

Esta es una objeción que en el contexto histórico de los Estados Unidos resulta evidente, en primer lugar, porque cuando fue formulada por Lincoln⁵¹ existía una tensión entre la rama ejecutiva y la Corte Suprema ante la negativa de esta última a reconocer los derechos de los afroamericanos y, en su lugar, en la idea de persistir en doctrinas como la de separados, pero iguales (*separated but equal*).⁵²

En un segundo momento, recobra su fuerza en la presidencia de Jackson, donde la democracia aparentemente había demostrado dar resultados plausibles, es decir que esta teoría surge como consecuencia del buen funcionamiento de la democracia o, al menos, de la aceptación de dicha creencia en el imaginario popular.⁵³ De forma similar debe leerse el discurso donde el presidente Roosevelt formula este

⁴⁵ Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

⁴⁶ Larry Kramer, *The People Themselves*, New York, Oxford University Press, 2004.

⁴⁷ Mark Tushnet, “Populist Constitutional Law”, en Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, o Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

⁴⁸ Kramer, *op. cit.*

⁴⁹ Roberto Gargarella, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en Javier Espinoza y Jorge Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁵⁰ Al respecto, ver aclaración del voto de magistrado Humberto Sierra Porto, en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, y aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁵¹ Abraham Lincoln, “First Inaugural Speech”, en Grafton, *op. cit.*

⁵² Corte Suprema de Justicia (USA), *Dred Scott v. John F.A. Sandford* [1857], 60 US 393.

⁵³ Kramer, *op. cit.*

cuestionamiento al rol de la Corte Suprema,⁵⁴ pues, en aquel momento, las autoridades democráticamente elegidas –el Congreso y el Presidente– buscaron avanzar hacia una intervención en la economía, para garantizar ciertos derechos “sociales”, encontrando en dicho tribunal su principal talanquera.⁵⁵

La conclusión crítica en Estados Unidos, en el sentido de que corresponde al pueblo y no a las cortes interpretar con la última palabra lo que dice la Constitución, parte de un análisis histórico completo sobre su democracia que, al parecer, no es disfuncional y sobre cómo, desde los primeros días de República independiente, las instituciones democráticas han buscado ser garantistas. En este sentido, la Constitución debe alejarse de las cortes, si se verifica “la funcionalidad de las instituciones democráticas”⁵⁶ y una “cultura constitucional” entre los ciudadanos, que los habilita a ser verdaderos intérpretes de la Constitución.⁵⁷

Por el contrario, un breve examen de la historia colombiana llevaría a concluir que nuestro sistema democrático está lejos de ser lo que describen estos teóricos estadounidenses. En nuestro caso, la democracia ha sido excluyente,⁵⁸ parte de ello ha sido la razón de nuestro conflicto armado.⁵⁹ Los distintos cambios constitucionales, desde 1810 hasta antes de la Constitución de 1991, fueron una imposición de vencedores sobre vencidos; así, entonces, se habla de “hegemonías conservadores y liberales”, en lugar de constituciones donde todos los ciudadanos se sintieran incluidos.⁶⁰

Lo anterior vendría a ser cambiado apenas en 1991, por medio de una constituyente abierta a todos los grupos políticos, a los tradicionales y a los excluidos, e incluso, a aquellos que se habían alzado en armas. Y aunque herramientas como la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela han acercado la Constitución al pueblo, creando cierta conciencia constitucional, aún estamos lejos de que el pueblo, por sí y ante sí, aborde los más profundos debates constitucionales, máxime cuando cuenta con instituciones democráticas disfuncionales, derivadas de un sistema político clientelista.⁶¹ Lo que reafirma la idea de que las críticas formuladas por el constitucionalismo popular al rol del juez constitucional no pueden

⁵⁴ Franklin D. Roosevelt, *Address on Constitution Day*, Washington, D. C., 1937. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15459>.

⁵⁵ Noah Feldman, *Scorpions*, New York, Twelve, 2010.

⁵⁶ Waldron, *op. cit.*

⁵⁷ Tushnet, “Populist Constitutional Law”, *op. cit.*

⁵⁸ Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Informes sobre democracia colombiana. Mesa de Conversaciones*. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf.

⁵⁹ Carlos Bernal Pulido, “Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014, pp. 1136-1163.

⁶⁰ Valencia Villa, *op. cit.*

⁶¹ Gargarella, *op. cit.*, pp. 112-113.

ser trasplantadas al caso colombiano, sin revisar nuestra historia constitucional ni el funcionamiento de nuestras instituciones.⁶²

La objeción democrática, sin embargo, puede reformularse desde lo que Gargarella ha denominado la necesidad de “recuperar el ‘pueblo’ en la Constitución”.⁶³ Si bien la Corte Constitucional en Colombia ha sido el principal motor para la efectividad de los derechos sociales y ha frenado la tiranía de las mayorías, también es cierto que es necesario asumir una postura crítica sobre sus funciones, aun cuando muchos de los resultados de sus intervenciones hayan sido plausibles. Como bien señala Valencia Villa, “la tarea de la jurisdicción constitucional consiste en garantizar procesos legítimos y no resultados legítimos”.⁶⁴

Es pertinente que el juez constitucional considere que el ejercicio de sus competencias tiene como principal impulsor a los ciudadanos y que sus competencias están delimitadas en la Constitución que estos se han dado.⁶⁵ Así, se lograría entender que no hay tal dicotomía entre democracia y constitucionalismo, sino que en la historia constitucional colombiana ha existido un esfuerzo por reconciliarlos y de tal esfuerzo se deriva darle al ciudadano las herramientas para acudir al juez de constitucionalidad con el fin de materializar el objetivo de la defensa de la Constitución.

3.2. La democracia deliberativa: la búsqueda del equilibrio entre el juez constitucional y la democracia

De otro lado, también hay que preguntarse, en medio de la disfuncionalidad de la democracia colombiana –que ha llevado a que grandes avances sociales sean decididos por los jueces y no a través de la deliberación en el órgano democrático–,⁶⁶

⁶² Pues, como señala Kramer, en Estados Unidos: “Dada nuestra experiencia histórica, así como la experiencia de otras democracias que han florecido sin la institución de la revisión constitucional, cómo podemos estar tan seguros que es necesario asignar a la Corte esta alta autoridad política?”

⁶³ Roberto Gargarella, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la ‘sala de máquinas’ constitucional”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ponencias Magistrales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁶⁴ Valencia Villa, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁵ De hecho, el artículo 377 de la Constitución pone en manos del pueblo la última palabra sobre las reformas que se refieran a los derechos fundamentales, sus garantías, a los procedimientos de participación popular y al Congreso. Le dan la posibilidad de llamar a un referendo popular, haciendo así un control material sobre la reforma constitucional –vedado a la Corte Constitucional– que han hecho sus agentes.

⁶⁶ Así, las más relevantes son: la protección estructural de los ciudadanos víctimas de desplazamiento por el conflicto armado (Sentencia T-025 de 2004), el reconocimiento del derecho a la salud como derecho autónomo (Sentencia T-760 de 2008), el rediseño de la política penitenciaria y carcelaria (sentencias T-388 de 2013 y T-612 de 2015) y el reconocimiento de las parejas del mismo sexo (Sentencia SU-214 de 2016).

hacia qué clase de democracia se quiere avanzar.⁶⁷ No puede perderse de vista que en la Constitución de 1991 la democracia es un principio que permea la interpretación de todo el clausulado superior; así está previsto desde el preámbulo y complementado con la consagración de la soberanía popular, de la participación política como deber y derecho, y de la participación ciudadana mediante amplios mecanismos de democracia participativa, de iniciativa popular en la formación de leyes, e incluso en la revisión de las reformas constitucionales.

Para la Corte Constitucional colombiana, el modelo democrático de este Estado es netamente constitucional,⁶⁸ que en términos de la doctrina contemporánea presupone la garantía de los derechos de libertad y sociales como presupuestos para el ejercicio democrático.⁶⁹ Sólo respetando estas garantías se dan las verdaderas condiciones para la democracia, que necesariamente debe integrar un componente deliberativo en el que:

i) las decisiones públicas se justifican por su imparcialidad (entendida ésta como un igual respeto por los puntos de vista de todos los potencialmente afectados), y ii) que el mejor arreglo institucional para favorecer la imparcialidad tiene que ver con procedimientos que consagran un diálogo entre iguales, capaz de incluir a todos los potencialmente afectados por la decisión del caso.⁷⁰

Esta visión de democracia acerca al pueblo da las decisiones de poder. Lo anterior, de acuerdo con Dworkin, implica crear las condiciones democráticas para que “cada persona [tenga] la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses [sean] tenidos en cuenta con igual consideración y se le [deje] en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa”.⁷¹

Una reformulación de la objeción democrática, aplicada en el contexto de la Constitución de 1991, lleva a concluir que siendo la democracia un principio axial a la Constitución, implica que los órganos del Estado, entre ellos la Corte Consti-

⁶⁷ Gargarella formula esta pregunta al responder a la objeción democrática: ¿Qué entiende usted por democracia? (“Justicia dialógica y derechos sociales”, *op. cit.*, p. 111), pero para efectos de esta investigación, consideramos más apropiado formularla en estos términos.

⁶⁸ Al respecto, ver Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

⁷⁰ Carlos Bernal Pulido, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en Juan Carlos Henao Pérez (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 428. Ver también Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996; Andrea Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, entre otros.

⁷¹ Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996, p. 24.

tucional, deben tener en cuenta que el pueblo, que se ata a la Constitución, no es un sujeto pasivo.⁷² Por lo tanto, el ejercicio de sus funciones no puede devenir en un modelo paternalista,⁷³ que para la doctrina es uno de los principales riesgos del Estado social de derecho.⁷⁴

En conclusión, para la construcción de una teoría propia del rol de la Corte Constitucional en Colombia, debe asumirse que la objeción democrática requiere ser reformulada como una demanda para reconciliar constitucionalismo y democracia, no entenderlos enfrentados. La objeción democrática debe abogar entonces por la materialización del principio de la democracia deliberativa, que no niega el rol del juez constitucional, pero que obliga a este último a actuar en diálogo con las demás ramas del poder público,⁷⁵ y con todos y cada uno de los actores de la sociedad civil que se vean afectados por sus decisiones.

3.3. De la vieja teoría de la separación de poderes a una verdadera colaboración armónica entre los órganos del poder público

Una segunda crítica al rol del juez constitucional es la posible usurpación de funciones que este realiza de las demás ramas del poder público, generando un desequilibrio en el sistema de frenos y contrapesos que conlleva un modelo de separación de poderes. Ello cobra relevancia en el ordenamiento constitucional colombiano, donde la separación de poderes y la distinción de funciones se consideran un principio basilar del Estado social de derecho. La premisa entonces debe partir de reconocer que si bien la Corte Constitucional no tiene quien la controle, claramente tiene límites.⁷⁶

Como ya lo señalaba Montesquieu: “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.⁷⁷

Una construcción de una teoría propia del rol del juez constitucional en Colombia debe tener en cuenta que la colaboración armónica no puede igualarse a la imposición de una rama sobre otra. Así, la Corte Constitucional debe respetar los márgenes

⁷² Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995.

⁷³ Immanuel Kant, *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, [1793] 1996.

⁷⁴ García-Pelayo, *op. cit.*

⁷⁵ Loewestein, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁶ Juan Carlos Esguerra, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene límites, pero ciertamente tiene controles”, en Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.

⁷⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Editorial Altaya, 1993.

de acción⁷⁸ que el constituyente le otorgó a cada uno de los poderes públicos, pues el constituyente de 1991 no ideó un modelo de supremacía de un poder sobre otro.

El caso colombiano resulta entonces paradigmático, pues la Corte debe intervenir en la garantía de los derechos, de libertad y sociales, y además controlar tanto que las leyes se ajusten a la Constitución como que en las reformas constitucionales se hayan observado las reglas propias del procedimiento de enmienda.

Si se parte de que la Constitución de 1991 es realmente un pacto de paz pluralista y que busca materializar la democracia deliberativa, no se pueden entonces desechar los límites y las competencias que el constituyente les dio a sus órganos, aun cuando un ejercicio más allá de ellos tenga resultados plausibles. La Corte Constitucional debe ser prudente y autorrestringida en sus intervenciones, de manera que no prive al ciudadano de ser su propio gobernante.

La Corte Constitucional no puede convertirse en una “instancia autoritaria” que actúa “en desmedro de las competencias del legislador” con el pretexto de que sus relaciones “vienen prefiguradas por el derecho constitucional”.⁷⁹ Lo cierto es que en el caso colombiano, la “prefiguración” que realiza la Constitución le da unas funciones expresas, pero también le da un papel preponderante a la democracia deliberativa, de allí que sea menester hacer una verdadera delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador,⁸⁰ o, como señala Marmor, el paso de “ciertos poderes de interpretación constitucional del judicial a las asambleas legislativas”,⁸¹ como un segundo paso de esa reconciliación entre democracia y constitucionalismo, que en nuestro caso particular empieza en 1910.

4. Hacia un juez constitucional que reconcilie democracia y constitucionalismo

Una primera aproximación a esta reformulación de competencias debe buscar criterios objetivos en el ejercicio de las facultades de la Corte Constitucional, que sin lugar a dudas desbordaron las imaginadas por el legislador de 1991.⁸²

Por otro lado, en el caso colombiano es necesario señalar que la Constitución de 1991, artículo 85, sustraía los denominados derechos sociales de la aplicación

⁷⁸ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁷⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 332 y 462.

⁸⁰ Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 62.

⁸¹ Andrei Marmor, “Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 04-4, 2004.

⁸² De esto da cuenta el constante llamado a la autorrestricción del juez constitucional, que recientemente ha hecho el magistrado Alejandro Linares Cantillo, en su aclaración de voto a la Sentencia C-053 de 2016, y en las aclaraciones de voto a las sentencias C-084 de 2016, C-285 de 2016, SU-214 de 2016 y C-373 de 2016.

inmediata, tal como se concibieron durante todo el siglo XX cuando aparecieron en la doctrina del derecho constitucional contemporáneo.⁸³ En tal entendido, los derechos sociales son vistos como máximas de optimización que vinculan a las ramas del poder público, en donde prepondera la necesidad de aplicar generalmente el factor prestacional del derecho, lo que demanda que el legislador determine el contenido del derecho y su apropiación presupuestal, y el Ejecutivo formule una política pública para su puesta en marcha.⁸⁴ Así, es necesario rescatar y reinterpretar la distinción constitucional del artículo 85, no para menguar sus garantías sino para diseñar formas de adjudicación novedosas que partan de la premisa de incrementar la participación democrática en la adjudicación de estos derechos, de modo que puedan intervenir todas las ramas del poder público y no únicamente los jueces constitucionales.⁸⁵

La Corte Constitucional avanzó hacia una nueva teoría de los derechos sociales, con base en distintos aportes del derecho comparado, según la cual los derechos sociales no deben ser distinguidos de los derechos de libertad, por lo que son de aplicación inmediata y, por ende, su adjudicación no depende del Ejecutivo sino que pueden ser reclamados mediante acciones judiciales individuales. Ello ha generado que la Corte Constitucional determine el contenido del derecho en litigios individuales, ordene el gasto presupuestal y formule políticas públicas mediante decisiones estructurales.

Los procesos de adjudicación de derechos sociales requieren un alto grado de democracia deliberativa, en el que participen los órganos del Estado y los grupos sociales,⁸⁶ sobre todo aquellos que son minorías o grupos en estado de indefensión. En este sentido, la Corte Constitucional puede incluso definir el alcance del derecho, pero no tener la última palabra sobre su forma de adjudicación, pues cuando así actúa cierra la participación de las demás instituciones involucradas y de la sociedad civil.

⁸³ Algunos derechos sociales existen, incluso, desde la Constitución Jacobina de 1793. No obstante, aparecen en la discusión del derecho constitucional en el siglo XX (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 72).

⁸⁴ Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2014.

⁸⁵ Esto precisamente fundamentado en la teoría de los márgenes de acción, que Robert Alexy (2014) incluye en su epílogo a la teoría de los derechos fundamentales y que recoge la crítica planteada por Böckenförde, en el sentido de que una excesiva intervención del Tribunal Constitucional en la garantía de los derechos puede llevar a que “el proceso democrático pierda así en importancia”, lo que en su criterio puede llevar a que “el Tribunal Constitucional se conviert[a], en su labor de concretización de su alcance [de los derechos], de modo específico, en el señor de la Constitución” (Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 137).

⁸⁶ Gargarella, “Justicia dialógica y derechos sociales”, *op. cit.*

De otro lado, es menester delimitar los márgenes de acción de la Corte Constitucional en punto a sus intervenciones para proteger derechos fundamentales:⁸⁷ la Corte no debe ahorrar esfuerzos para proteger a las minorías⁸⁸ que han sido históricamente olvidadas o discriminadas. La existencia de una cláusula de igualdad, que además señala la aspiración de la consolidación de una igualdad material, habilita la toma de decisiones fuertes por parte de la Corte para proteger sus derechos.⁸⁹ Como bien señala Marmor: “Después de todo, la legislatura democrática es el tipo de institución que se encuentra ligada al sentimiento popular, ampliamente compartido por la comunidad. No necesitamos que las cortes constitucionales hagan más de lo mismo”.⁹⁰

A su vez, la Corte tampoco debe ahorrarse esfuerzos al tomar decisiones que permitan el mejoramiento del sistema democrático. Así, este tribunal estaría actuando como garante del principio constitucional de la democracia deliberativa,⁹¹ sin generar la percepción de que sus decisiones se convierten en una “verdad moral por fuera de todo tiempo”.⁹²

5. Conclusiones

Si bien la teoría clásica de la separación de poderes se encuentra arraigada en la tradición constitucional occidental, esta debe entenderse como la necesidad de evitar la concentración del poder, que permite múltiples reformulaciones de ‘ingeniería constitucional’, que en todo caso salvaguardan la libertad. Tal vez, el fin más importante de la separación de poderes, además de evitar la arbitrariedad, debe ser la búsqueda de una distribución de funciones adecuada al órgano que las desarrolla, de modo tal que la estructura y el procedimiento de los distintos órganos del Estado se ajusten a las tareas que deban desempeñar.⁹³

⁸⁷ David Landau, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, núm. 55, 2014.

⁸⁸ La Corte Constitucional colombiana ha sido especialmente garantista a la hora de proteger minorías como los indígenas, pero ha sido tímida a la hora de hacerlo con la población LGTBI, en cuyo caso debieron pasar años, antes de que la Corte abordara de fondo el debate de cuál debía ser la protección de estos grupos minoritarios a la luz de la cláusula 13 constitucional, sobre la igualdad.

⁸⁹ John Hart Ely, *Democracy and Distrust a Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.

⁹⁰ Marmor, *op. cit.*

⁹¹ Al respecto, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-816 de 2004, MM. PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimmy Yepes.

⁹² Marmor, *op. cit.*

⁹³ Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

Así, la intervención del juez constitucional debe adecuarse a este nuevo esquema de separación de poderes, respetando sus límites y competencias. La formulación y adopción de ciertas decisiones político-jurídicas implica una colaboración de la rama judicial con la rama ejecutiva, así como una deliberación pública que no es propia de la función judicial, y que, como tal, será mejor ejercida por el legislador, y en cierta medida por la administración. Cuando estas dos instituciones son ampliamente disfuncionales, no es la tarea del juez constitucional sustituirlas, sino avocarlas al cumplimiento de sus funciones, mediante una colaboración armónica, en donde este ponga en evidencia los problemas que las demás ramas han ignorado, pero que sean ellas quienes en verdad se den a la tarea de solucionarlas.

En este sentido, el rol del juez constitucional en materias donde sea necesaria su intervención, debe contribuir al fortalecimiento del sistema político, fomentando la participación de las partes intervinientes, de la sociedad civil en general y de las entidades convocadas para lograr una solución.⁹⁴ Ello no supone un papel pasivo del juez constitucional, sino, por el contrario, implica la creación de espacios democráticos y deliberativos que han sido ajenos a la tradición constitucional colombiana. Por ejemplo, en materia de satisfacción de derechos sociales, el juez constitucional cumple mejor su papel de guardián de la Constitución al ordenar que se den escenarios de concertación de intereses y diálogo, garantizando la participación de los involucrados, que cuando por medio de una sentencia dicta una serie de órdenes dirigidas a cortar de tajo tal vulneración.

Así las cosas, los productores de derecho constitucional, tanto operadores jurídicos como doctrinantes, deben tener en cuenta las realidades y necesidades de su propio contexto, con base en el estudio de la tradición histórica jurídica propia. No conviene importar teorías que surgen en contextos extraños y con el riesgo de que no se adecuen a las necesidades colombianas, sin antes hacer un verdadero escrutinio del contexto interno.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ÁVILA, Humberto, “‘Neo constitucionalismo’: entre la ‘ciencia del derecho’ y el ‘derecho de la ciencia’”, *Gaceta Constitucional*, núm. 66, 2008. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Neoconstitucionalismo.pdf>.
- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

⁹⁴ Gargarella, *Por una justicia dialógica*, op. cit.

- _____, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en Juan Carlos Henao Pérez (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- _____, “Transitional Justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Informes sobre democracia colombiana, Mesa de Conversaciones*. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracia en América*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996.
- _____, *Derechos, libertades y jueces*, Sabaneta, Unisabaneta, 2015.
- ESGUERRA, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.
- _____, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene límites, pero ciertamente tiene controles”, en Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.
- FELDMAN, Noah, *Scorpions*, New York, Twelve, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- _____, *Poderes salvajes*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª ed., Madrid, C. L. Civitas Ediciones, 2006.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en Javier Espinoza y Jorge Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- _____, *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2014.
- _____, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la ‘sala de máquinas’ constitucional”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ponencias Magistrales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

- GRAFTON, John, *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History*, Mineola (NY), Dover Publications, 2000.
- GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- _____, “El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, núm. 2, 2001.
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust a Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.
- KANT, Inmanuel, *On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, [1793] 1996.
- KIS, Janos, *Constitutional Democracy*, Budapest, CEU Press, 2003.
- LANDAU, David, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, núm. 55, 2014.
- _____, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- LOEWESTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Madrid, Editorial Ariel, 1970.
- MADISON, James, Alexander HAMILTON y John JAY, *The Federalist Papers*, San Bernardino (CA), Tribeca Books, 2014.
- MARMOR, Andrei, “Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 04-4, 2004.
- _____, “Meaning and Belief in Constitutional Interpretation”, *USC Law and Public Policy*, núm. 13-4, 2013.
- MICHELET, Jules, *Historia de la Revolución Francesa*, Buenos Aires, Plaza y Janes, 1963.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Editorial Altaya, 1993.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, trad. de Adolfo Ruiz Díaz, México, UNAM, 2004.
- POST, Robert y Reva SIEGEL, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, núm. 178, 2004.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SCHMITT, Carl y Hans Kelsen, “El defensor de la Constitución”, en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- SUPREME COURT, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638, 1943.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, *Sentencia de 2009 sobre el Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009).

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999.

_____, “Why Comparative Law”, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Editorial Panamericana, 2010.

WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

_____, *Teoría general de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.