

The judicial power and the new dimension of democracy

Sumario

Introducción. El poder y el nuevo constitucionalismo. A modo de conclusión. Bibliografía.

Resumen

El trabajo a partir de los clásicos de la teoría política y constitucional aborda una reflexión sobre la Democracia propia de un Estado social. Al mismo tiempo resalta el papel que deben asumir los Tribunales Judiciales modernos en defensa de los valores y principios que fundamentan el sistema democrático republicano.

Palabras clave: *metrópoli de individuos, fragmentación política, liderazgo, AMLO, metrópoli global, México, transición. Poder Judicial; Democracia; Parlamento; Soberanía Popular; Principialística.*

Abstract

This article is a reflection on the Democracy appropriate for a social State, based on the classics of political and constitutional theory. It emphasizes the role which modern Courts have to take upon themselves in defense of the values and principles at the basis of the republican democratic system.

Key words: *Judicial Power; Democracy; Parliament; Popular Sovereignty; Principles.*

Artículo: *Recibido, 12 de Marzo de 2009; aprobado 2 de Abril de 2009.*

Luis Ociel Castaño Zuluaga: *Doctor en Derecho, U. de Cantabria, Santander-España; Abogado de la U. de Antioquia; Historiador de la U. Nacional de Colombia; Magíster en Derecho Procesal de la U. de Medellín; Profesor de la Facultad de Derecho de la U. de Medellín.*

Correo electrónico: locastano@udem.edu.co

El poder judicial y la nueva dimensión de la democracia¹

Luis Ociel Castaño Zuluaga

Introducción

Hoy día, cercanos a la celebración del bicentenario de la ruptura política con el absolutismo español, después de una larga trayectoria en la que impera una Democracia formal, podemos decir que el más democrático y republicano de nuestros órganos del poder público colombiano, en el último sexenio ha sido el Judicial. En la actual coyuntura política la Corte Suprema de Justicia, en especial su Sala Penal, ha venido a llenar el vacío dejado por la Corte Constitucional después de que desde 2001 se fuera alineando paulatinamente al compás que le han marcado los poderes políticos. La Corte Suprema de Justicia, corporación pública conformada por juristas entendidos en la dogmática propia del Derecho, contrasta grandemente con el órgano que encarna el Ejecutivo Nacional, en un régimen hiperpresidencialista como el colombiano, convertido en un poder individual e individualista que no atiende sino a su propio criterio y que ha desbalanceado el equilibrio natural que otrora delinearan Locke y Montesquieu para el sistema democrático en lo que se conoció como el principio de la separación de poderes.

Un Ejecutivo desbordado en atribuciones y que genera para conservarse en el poder un alto grado de venalidad y de inmoralidad política, fortalece en el medio nacional un estatismo mal concebido y dañino para la sociedad y la institucionalidad democrática republicana. En una sociedad política como la colombiana, en la que brillan por su ausencia la ética pública de los gobernantes y la virtud ciudadana de los gobernados, paulatinamente se consolida, de manera peligrosa, un poder de tipo bonapartista como es el Ejecutivo Nacional, que además de las facultades de administrar y de dirigir la función pública ha aunado la de legislar de manera “*sui generis*”, y no contento con ello, quiere ahora asumir la de interpretar la propia Constitución y de erigirse en juez de sus propios actos. Algo que no es lógico ni plausible en un Estado constitucional de Derecho que exige del ente encargado del control judicial de constitucionalidad una independencia total, libre de cualquier sujeción a los poderes constituidos de naturaleza política, y que tiene la obligación

¹ Este ensayo hace parte de una investigación que actualmente se adelanta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín titulada “Hermenéutica y práctica judicial: la función de administrar justicia del juez en el Estado social, con énfasis en la justicia constitucional”.

de comportarse más como órgano judicial que como órgano político.

No es otra la razón por la cual en Colombia los académicos y juristas respetuosos del ordenamiento jurídico democrático-republicano ven con simpatía la actuación del máximo tribunal de la justicia ordinaria, forjando sus ilusiones en una Corte Suprema de Justicia íntegra, que asuma con entereza, con libertad de criterio, con firmeza, con plena independencia y autonomía, la esencial función de administrar justicia. Ojalá que los magistrados que la integran -y aquellos que la llegaren a componer en el futuro- no sean inferiores a su dignidad y no desborden su misión, por el bien de la Democracia y la Justicia.

El poder y el nuevo constitucionalismo.

Los tiempos de la prédica de que la soberanía residía en el Rey, en el Ejecutivo, en el Parlamento o en la Nación han sido superados. En el Constitucionalismo moderno no hay soberano, o, a lo sumo lo serán únicamente el Pueblo y la Constitución, siempre y cuando se mantengan alinados por la senda de la Justicia y en el respeto de ciertos valores fundantes de la dignidad del ser humano, puesto que está visto que sus desarrollos tienen hoy límites, en el sentido de que sus decisiones o actuaciones políticas o jurídicas no pueden desconocer los Derechos Humanos.

Ya el profesor Martín Kriele había postulado que en el Estado constitucional no existe Soberano, en una especie de teoría que procura conciliar el elemento político de la Soberanía Democrática, asentada en el Pueblo, y el elemento jurídico de la Constitución Normativa. Y es que no puede haber Soberano en el Estado constitucional por el hecho de que una vez se crea la Constitución todo lo que de ella se deriva es poder constituido, sin que ningún titular de poder alguno pueda considerarse a sí mismo por encima de la norma creada. El Pueblo es y será soberano en la medida en que realiza el acto fundante, la creación de la norma suprema, en cuanto es el titular del poder constituyente, pero

agota, esta bien que momentáneamente, su poder en el acto mismo (Kriele, 1980, p.150).

El Poder es soberano en cuanto es ilimitado e incondicionado. Es ello lo que caracteriza el Poder mismo. Y si en el Estado absolutista ello se podía predicar del monarca, en el Estado constitucional moderno no se puede concebir racionalmente ni siquiera dentro de la misma noción de Pueblo.

La Democracia no sólo como forma de Estado, sino también como régimen político y como forma de Gobierno, es un principio constitucional nuestro, propio del nuevo "*Estado social, democrático y de Derecho*" - Estado constitucional- que teóricamente arranca en Colombia a partir de la Carta de 1991, enraizado en la noción de Soberanía Popular clásica, de corte rousoniano y opuesta a la clásica manera girondina como fue entendida en la larga y semiológica tradición del "*Estado Liberal de Derecho*". Es la voluntad del pueblo la que debe imperar, la "volonté générale" de los revolucionarios franceses del siglo XVIII, pero atemperada con el respeto que debe hacerse efectivo de la Libertad de los individuos, traducido en la efectiva garantía de sus Derechos Naturales, que recibimos de Locke, lo mismo que de los revolucionarios independentistas norteamericanos de finales del siglo XVIII.

Nuestra Constitución actual se dice incrustar en ésta más que bicentenaria tradición y es así como concebimos un origen democrático del Poder Público, centrado en el Pueblo, enunciado nuclear de nuestra democracia, recogido en el artículo 3º en que dice que el Pueblo es el portador y el titular del Poder del Estado: "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"². Se abreva por parte del constituyente colombiano en la vertiente althusiana de la soberanía³. Si constitucionalmente se recoge que se ejerce de forma directa, ello quiere decir, ni más ni menos, que es Inalienable, Indelegable, Indivisible y Suprema.

2 Confróntese las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: SC-89 de 1994; SC-511 de 1994; SC-194 de 1995; SC-187 de 1996; SC-245 de 1996; SC-347 de 1997; SC-380 de 2002.

3 " (...) la república o reino no existe para el rey, sino el rey y todos los demás magistrados existen para el reino y la polis. Por naturaleza y circunstancia el pueblo es anterior a, más importante que, y superior a sus gobernantes, de la misma manera que todo cuerpo constituyente es previo y superior a aquello que constituye" (Althusius, *The Politics*, 1964, p. 88).



La noción de Soberanía Popular, de romántica estirpe jacobina que vino a adoptar el Constituyente colombiano de 1991, ha definido nuevos alcances político-jurídicos antes desconocidos -o tímidamente reivindicados en las Constituciones liberales de 1853 y 1863- en nuestra pacata y contradictoria tradición republicana. Así lo ha entendido la Corte Constitucional; por ejemplo en la Sentencia de Constitucionalidad 245 de 1996 expresó: “lo que el constituyente de 1991 buscó con la consagración de la “soberanía popular” fue, en últimas, ampliar en la mayor medida posible, los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones que tengan incidencia tanto nacional como regional y local, y también en el control del ejercicio del poder público de los gobernantes, entendiendo este término en su sentido más amplio”⁴.

La noción girondina de la república democrática, censitaria, limitada y autoritaria, instrumentadora del Pueblo, ha tocado a su fin, por lo menos formal y teóricamente, si atendemos a la voluntad del Constituyente de 1991. Si en las constituciones francesas de 1791 y de 1795 se entendía por “Pouvoir Législatif” al órgano legislativo “representante” del pueblo, a “L’Assemblée Nationale ou Chambre des Députés”, y por el “Pouvoir Exécutif” al monarca, al rey, igualmente como “représentants” de la Nación Francesa, en los que el “Peuple” había delegado sus poderes, hoy día, por el contrario, entroncamos con la Constitución Francesa de 1793 en cuya noción se entiende que no todos los poderes los delegaba el Pueblo en sus mandatarios, pues la última palabra será siempre la suya. De donde resulta que los poderes constituidos tendrán como límite de acción y de sus atribuciones la voluntad popular. La democracia no se concebiría si el Pueblo ha entregado toda su capacidad de poder; está bien que delega pero no entrega, pues se reserva el poder de la revocatoria o de la refrendación ratificación- de los actos que adopten sus gobernantes o representantes y que puedan afectar seriamente sus libertades o derechos. Desde este punto de vista el Pueblo será siempre el principal y el último legitimador democrático.

Tanto en la noción de la Soberanía de la Nación como en la del Pueblo, la sede última de

ésta no puede ser otra que la del Pueblo, pero con diferencias sustanciales, en modo alguno reducidas a meras cuestiones de palabras. Si lo que se acoge es la noción de la Soberanía de la Nación, se remite a un cierto tipo de Democracia formalista y reducida, como fue la “censitaria”, en donde el Estado era sólo de los ciudadanos, no de todos sus nacionales, sino de un reducido número de propietarios de bienes, tierras, rentas o servicios, entendiéndose por Nación una especie de persona jurídica que actuaba por intermedio de sus representantes, elegidos por una parte restringida del pueblo, por aquella selecta minoría que tenía derecho a ejercer el sufragio, por un cuerpo de electores cualificado. La Soberanía de la Nación hallaba asiento en el Parlamento y los diputados actuaban como mandatarios de la Nación y en modo alguno del Pueblo elector. En cambio en la noción de la Soberanía Popular el alcance es muy otro, pues el titular de ella siempre lo será el pueblo y los mandatarios elegidos por él para atender las funciones del Estado deberán cumplir sus instrucciones, en la resolución de los asuntos públicos y atendiendo ante todo al interés general. Desde este punto de vista el Pueblo tiene la potestad de revocar el mandato de sus elegidos cuando éstos no cumplan a cabalidad las instrucciones o se aparten del interés colectivo.

La Soberanía encarna en el Pueblo, si hemos de seguir la clásica teoría política del liberalismo social, en la que se ha postulado que el Soberano no puede ser nadie más que él; quien se manifiesta mediante el Constituyente, quien es el que realiza la Carta-mandato fundamental de un Estado como el nuestro; en donde se han fijado facultades precisas a los diversos órganos del poder público, y, en donde se ha concretado que el Congreso actúa como un agente, como un recomendado, como un mandatario del Pueblo mismo, sin que pueda traspasar los límites que le fueron concedidos, so pena de nulidad de sus actuaciones o de tener que acudir a criterio del poderdante, con el fin de validar o ratificar lo que aquel cuerpo ha realizado contrario a la Constitución.

De manera similar, el Constituyente Primario ha fijado unas facultades al Poder Judicial y muy particularmente a la Corte Constitucional para que sean los guardianes de su voluntad, de

⁴ SC-245 del 3 de junio de 1996 MP Vladimiro Naranjo Mesa.

su espíritu, y, desde este punto de vista, indirectamente, en su nombre controlen los posibles excesos y desviaciones de los restantes poderes constituidos, por abuso de poder o por faltar a la esencia constitucional del querer del propio pueblo. El pueblo colombiano, como único soberano del poder puede fijar limitativamente las facultades del legislador ordinario y prohibirle extralimitar sus poderes, hasta culminar con sanción de nulidad de todo posible acto que traspase aquellos límites. Cuando se pronuncian las Cortes en alguna materia de Control normativo o de actos de los poderes públicos, cuando amparan derechos fundamentales, es la voz del propio pueblo la que se escucha. Así pues, algunos actos están sustraídos de la competencia del Congreso, a no ser que sean convalidados por el pueblo mismo en un nuevo acto político, que no estaría sujeto a control jurídico alguno, a no ser que contraría principios universales de humanidad.

Así que la manifestación extraordinaria de la Soberanía del Pueblo mediante el Constituyente Primario, en lo que se ha convenido en llamar “momentos Constitucionales”, no puede ser comparada con su manifestación ordinaria y regular al momento de integrar periódicamente sus cuerpos representativos y deliberativos o al momento de elegir a sus mandatarios gobernantes. De manera que siempre puede quedar en manos del pueblo el supremo poder de ratificar, decidir, convalidar, invalidar o denegar lo que sus representantes y gobernantes en su nombre hagan o dejen de hacer. Soberanía Popular equivale por antonomasia a “Pouvoir Constituant”, a “Verfassunggebende Gewalt”, que es totalmente diferente a Poder Delegado o “Pouvoir Constitué”.

Apegados modernamente a los planteamientos del pos constitucionalismo, se entiende que además de la soberanía popular la Constitución es el mecanismo idóneo para asegurar el control del Poder y precaver a la sociedad civil inclusive hasta de los posibles excesos en que podrían incurrir las mayorías políticas del propio pueblo, cuando equivocan su camino o se extravían por ser mal conducidas. El profesor Pedro de Vega estima que el Estado constitucional surge de la complementariedad de dos

principios aparentemente contrapuestos como son el Principio Político Democrático y el Principio Jurídico de la Supremacía Constitucional. Soberanía Popular y Límite, algo que no parece lógico, pues poder que es limitado no es soberano, se diría a primera instancia. Abonamos que en la concepción del racionalismo político sí es concebible, puesto que el poder para que sea legítimo tiene que ser Justo.

Estos dos principios son consecuencia de dos líneas de pensamiento, la teoría del “ius naturalismo” contractualista -vía Althusius, Grocio, Puffendorf, Wolff, Burlamaqui, Vattel, Rousseau- y su antecedente medieval, la doctrina pactista -por ejemplo, Nicolás de Cusa, Marsilio de Padua-, de un lado, y, de otro, la teoría lockeana-montesquiana de la división de poderes, con su también antecedente medieval, cual es la doctrina de la supeditación del gobernante a la ley -Bracton, Fonstescue- (de Vega García, 1999, pp. 15-16).

Como la Democracia directa no es posible, la soberanía popular no es más que una noción, más o menos imperfecta de acuerdo al tipo de sociedad en la que se la haga imperar. Pero por incipiente que sea es sano políticamente el que se procure que el querer del gobernante no pueda ser absoluto, como ocurre en la versión hobbesiana del Estado, de la línea autoritaria. Indudablemente a la luz de la razón la solución más conveniente para la sociedad con respecto al ejercicio y alcance del poder es la que se inscribe en la línea liberal lockeana, montesquiana, althusiana y rousoniana, en la que la Constitución es concebida como el mecanismo de control no sólo del Poder mismo, del Gobernante, de los Legisladores, de sus Jueces y de sus instituciones en general, sino incluso del pueblo mismo. El pueblo no puede tampoco estar por encima del Derecho y de la justicia. Esta en una visión racionalista del constitucionalismo que le otorga supremacía efectiva a la Carta constitucional y que permite entender por qué un personaje de la talla de Thomas Paine llegara a plantear el que en la sociedad norteamericana se considerara que el Derecho era el rey, no propiamente el pueblo⁵.

La tradición constitucional norteamericana difiere en parte de la continental y de la

5 En esto seguimos la escuela de la Democracia constitucional denominada del fundacionalismo alemán, que a diferencia de las tesis dualistas o monistas considera que el Pueblo, en algunos asuntos puntuales, no posee la autoridad necesaria para cambiar en un momento dado la Constitución que le rige, sobre todo en lo tocante con ciertos derechos, valores o principios esenciales al



latinoamericana en particular si hemos de considerar que sobre aquella la huella de la herencia calvinista fue importante y definitoria de su impronta. Aquella fue una sociedad de clase media asentada sobre virtudes puritanas, en la que el pensamiento religioso fue esencial, pero un pensamiento no centrado en el dogma sino en la libertad de interpretación y de acción del individuo, de un lado, y de otro en torno a la igualdad religiosa y política del grupo social.

La Biblia, a partir de la Reforma, se esgrimió como derecho espiritual frente al papado, de la misma manera como las constituciones se vinieron luego a oponer frente a los pretendidos derechos de la monarquía. Primero se niega la autoridad de las jerarquías eclesiásticas y luego se pone en duda la soberanía o la autoridad suprema del monarca, en una lógica iconoclasta y atrevida en la que se planteaba que si Dios no concedía autoridad a la iglesia, ¿por qué se la habría de conceder al rey? Como quien dice, la obediencia debida en materia espiritual es con la Biblia, en modo alguno con el Papa, lo mismo que la obediencia civil y política es con la Constitución, no con el príncipe⁶.

Es decir, este planteamiento conduce a la tesis de Kriele, en que el Soberano real y verdadero es la Constitución misma, pues el

pueblo se agota en su poder constituyente al momento de crearla. El gobernante tampoco es soberano en la medida en que halla límites naturales que se derivan de la Constitución. Y es más, así parezca una tautología, ni siquiera la Constitución misma sería soberana, a lo sumo lo sería coyunturalmente, pues dependería de la voluntad del pueblo mismo, perduraría en la medida en que no sea derogada, modificada o sustituida por él en ejercicio de su poder constituyente, como soberano político, que no jurídico. Constitución y Pueblo se delimitan y se complementan mutuamente.

En este sentido los constituyentes norteamericanos fueron importantes precursores de los derroteros que debía tomar un régimen democrático republicano que pretendiera ajustarse al ideal de lo justo: “todo poder existe en el pueblo y emana de él -proclamaba la Constitución de Virginia-, y, por tanto, los magistrados son sus fideicomisarios y, en todo tiempo, ante él responsables”. En la misma línea de pensamiento se expresaba otra de las constituciones de la Unión Americana, la de Kentucky, en una de sus cláusulas disponía que, “el poder absoluto, arbitrario, sobre la vida, libertad y propiedad de los hombres, no existe en una república ni en las más grandes mayorías”.

ser humano, a la dignidad de la persona o de los pueblos. Concibe la idea de que hasta la voluntad política mayoritaria de un pueblo puede tener límites en sus decisiones o en su accionar y éstos se expresan frente a los Derechos Humanos -los derechos fundamentales cuando se hacen positivos en el orden interno-. El compromiso del fundacionalismo democrático es pues con los Derechos Humanos y con el concepto de “dignidad humana”. Toda decisión del Gobierno, del Legislativo, del Poder Judicial o incluso del mismo pueblo -Constituyente primario- debe estar afectada o en sintonía al respeto íntegro por los Derechos Humanos. Confróntese Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, “Tres concepciones de la Democracia constitucional”, 1991. Igualmente en Bruce Ackerman, La política del diálogo liberal, 1991 y en Luis Ociel Castaño Zuluaga, 6“Tesis acerca de la Democracia constitucional: monismo, dualismo y fundamentalismo (fundacionalismo)”, 2006.

6 Amplíese al respecto en el interesante estudio adelantado por Fernando Rey Martínez, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, en el que se ocupa de lo que ha denominado la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano, en especial de la página 19 a 45. Por ejemplo, plantea que “la Constitución federal de 1787 no surge en el vacío, sino que se enmarca dentro de un proceso de raíces profundas. Como recuerda Donald S. Lutz, es imposible comprender la Constitución federal en un espléndido aislamiento, sin tener en cuenta simultáneamente la Constitución de los Estados. La revolución americana fue creativa y significativa, apunta Gordon S. Wood, porque estas constituciones la venían precediendo durante más de una década. La Declaración de Independencia de 1776 había sido una declaración de 'trece Estados Unidos de América'. Pero más aún. Las constituciones de tres Estados y precisamente de Estados de mayoría social puritana, lo cual no es una simple coincidencia, Connecticut, Rhode Island y Massachussets, fueron tan sólo Charters modificadas (básicamente suprimiendo toda referencia al monarca), que proceden del siglo XVII. En otras palabras, la tradición constitucional norteamericana es muy anterior a la Constitución federal de 1787, e incluso a la Declaración de 1776. La búsqueda de los orígenes de esta tradición nos conduce a las constituciones de los Estados, a los documentos coloniales de fundación (Charters) y a los textos anteriores sobre los que éstos se basaban, los pactos políticos escritos por los colonos ingleses en Norteamérica (Compacts), como las Fundamental Orders of Connecticut o el Pilgrim Code of Law, e incluso, más allá, a las proto-constituciones como el Mayflower Compact. Por último, los Compacts nos remiten a los pactos o alianzas eclesiales escritos de las sectas radicales protestantes (puritanas) a finales del siglo XVI e inicios del siglo XVII (Covenants), cuya inspiración es la teología judía de la alianza (Covenant) del Antiguo Testamento. En otras palabras, la fundación del constitucionalismo norteamericano ha recibido su estructura y contenido, en gran medida, de la tradición judeo-cristiana tal y como fue interpretada por las sectas disidentes protestantes que procedentes de Europa, se establecieron en la Norteamérica británica. La teología del Covenant o federal (es decir, de la alianza o del pacto) proporciona una clave de lectura para comprender el constitucionalismo norteamericano. Covenants, compacts y charters del siglo XVII constituirían, pues, la expresión embrionaria del distinto enfoque americano en orden a la fundación de la sociedad política, esto es, la expresión primera de la forma y el contenido de las constituciones que se aprobarían más tarde, en el último tercio del siglo XVIII” (Rey Martínez, 2003, pp. 26 a 28).

En este sentido, es a los legados de Locke -en lo político-, de Sieyès -en lo constitucional- y de Rousseau en lo social a los que se debe atender; ellos son la fuente en la que debe abreviar el Estado social, democrático y de Derecho, y no en las tesis de Hobbes, como infortunadamente está sucediendo en nuestro medio. Parodiando un tanto a Luis Rodríguez Aranda, estos tres primeros teóricos realizaron sonriendo una revolución trascendente y positiva en el pensamiento europeo que aún perdura en el sentimiento de los socialdemócratas.

Desde este punto de vista, la Constitución será democrática en cuanto sea obra del pueblo -principio de legitimación- y lo es porque su contenido responde a los esquemas de reparto democrático del poder. Todos los poderes emanan del pueblo -principio democrático de organización-. La Constitución, la Ley y en general la norma jurídica, en estricto sentido, en una Democracia no pueden ser más que la manifestación de la voluntad popular, y, sin los jueces, quienes en última instancia las concretan cuando ejercen a cabalidad sus funciones, no sería dable vivir la democracia. De donde resulta que no es aceptable la objeción que a la legitimidad democrática de nuestros magistrados judiciales realizan ciertos doctrinantes apegados a una visión netamente procedimentalista de la Democracia moderna, sustentada en el esquema del liberalismo clásico.

La visión propia de una democracia pequeña y elitizada, ejercida en beneficio de unos pocos, pareciera haber encontrado su ocaso en la Constitución de 1991, aunque los voceros de la elite pseudo-republicana de siempre se nieguen a perder sus casi bicentenarias prerrogativas de poder y de ejercicio. La nueva Constitución ha venido a efectuar una revolución silenciosa al acercar las estructuras del poder al pueblo mismo, demostrando con sus actuaciones que su sumisión es al ordenamiento jurídico y no a las maquinarias de poder político o a los grupos de presión, traducidos en los dueños del capital.

Igualmente la justicia constitucional viene a refrendar, por otra vía, el poder popular, pues

impone límites efectivos a los posibles abusos de los gobernantes cuando extravían su sendero y confunden sus mandatos populares. Es por ello que cuando la Corte Constitucional se pronuncia, es en última instancia el pueblo colombiano mismo el que lo hace a través de ella, en virtud de la legitimidad democrática, pues su voz se manifiesta mediante el órgano de control de constitucionalidad. Si el Derecho positivo surge por voluntad del pueblo, ello es así, y por tanto, cuando este se aplica en debida forma, es la voluntad popular la que se está haciendo respetar. De manera que la Corte no es más que el instrumento de la realización del derecho del pueblo a someter o a encauzar a sus gobernantes a lo que debe ser siempre. A la Corte Constitucional el Constituyente primario colombiano la invistió del suficiente poder como para que le dé el alto, “el quién vive” en caso necesario, a los excesos de las mayorías, cuando éstas estén transgrediendo principios universales de justicia aceptada.

La Corte Constitucional, en un contexto de Democracia afincada sobre la noción de Soberanía Popular, se debe ante todo al Pueblo, más que al Poder Político del Estado, y se debe a la Justicia dentro del contexto del Estado social, democrático y de Derecho. “No son los jueces quienes controlan al pueblo, sino la propia Constitución, con lo cual el pueblo se controla a sí mismo” (Ely, 1997, p.27). Aforismo tan bello como ideal que no cabe para una sociedad inculta políticamente como es la colombiana, donde abundan la ignorancia y el sometimiento personal, donde no hay ciudadanos, en el sentido estricto de la palabra, pues es evidente que no viven la institucionalidad. En una sociedad en que imperan el abuso y la desigualdad, donde campea la injusticia. Aquí cabe, si se quiere, el control de una minoría ilustrada que no maneja ni los recursos públicos, ni la burocracia estatal, ni las armas, ni la dirección o creación de normas, una minoría como es la de los jueces, los menos corruptos de los servidores públicos colombianos.

La objeción que se hace comúnmente al control judicial de constitucionalidad es que no es de estirpe democrática⁷; que el control

⁷ Ello a partir de los planteamientos que en el ámbito norteamericano realizara en su momento Alexander Bickel en *The least dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, Yale University Press, 1962. En la doctrina española profundiza al respecto un autor como Víctor Ferreres Comella en *Justicia constitucional y Democracia*, 1997. En el panorama nacional véase sobre este tema a Sanín Restrepo, Ricardo (2004). *Libertad y justicia constitucional*.



realizado por parte de los Tribunales Constitucionales, o los jueces en general, a las disposiciones normativas emanadas del Parlamento se reduce, en el fondo, a una “fuerza contramayoritaria”. Algo que no es cierto, puesto que el pueblo al aceptar o al hacer la propia Constitución estimó, en su momento, que ella misma fuera no sólo aplicada sino interpretada por los Jueces.

La tradición jurídica nacional minimizó tradicionalmente el papel de los jueces, y aún más, el Ejecutivo y el Legislativo, en su calidad de Poderes constituidos, los maniató e instrumentalizó en su favor, durante el desarrollo de la vida republicana liberal, tornando en una mera quimera, en un mero formalismo la natural Independencia y Autonomía que le cabía por derecho propio al Poder Judicial. Durante décadas tradicionalmente imperó un frío y calculado dogmatismo jurídico que si bien permitió aplicar el derecho le negó al mismo tiempo su posibilidad de engarzarse efectivamente con la realidad social que pretendía regir.

Nuestros magistrados asumieron tradicionalmente la fundamentación de sus decisiones en los argumentos que les proporcionaba la dogmática jurídica, decantándose por la tarea de deducir el contenido de las disposiciones legales tenidas como referente válido con relación al sistema jurídico, por mera vía de autoridad pero sin interrogarse acerca de la pertinencia de su aplicabilidad. Carecieron de iniciativa y de independencia mental, pues nunca se atrevieron a teorizar y a profundizar sobre el espectro jurídico al que se debían ni se cuestionaban acerca de la trascendencia del papel que estaban llamados a asumir, como desarrolladores del derecho, como impulsores de la cultura jurídica. Se conformaron con el rol de meros mecánicos operativos del sistema. La jurisprudencia imperante vinculaba el radio de acción de los jueces menores, quienes se sentían aligerados en la pesada carga de administrar justicia sin tener que interrogarse sobre la conveniencia, pertinencia o racionalidad de las normas y del resto del material jurídico de que disponían, buscando el fundamento de sus decisiones en argumentos ampliamente aceptados en la doctrina dominante. Aquí se imponía tal usanza en el ejercicio de la magistratura judicial, en un

formalismo extremo que se corresponde con lo que Petev señalaba acertadamente cuando de ocupaba de describir este método jurídico: “La dogmática y la jurisprudencia dominante descargan al Juez de la motivación de su decisión, por así decirlo, hacia fuera: él no necesita explicitar las complejas conexiones de interpretación y fundamentación con todos sus argumentos; puede reducir su argumentación a construcciones dogmáticas y a relaciones sistemático-conceptuales. Esto se practica también por doquier en sistemas jurídicos con dogmáticas diferentes y despierta la extrañeza de juristas del sistema del Common Law, para quienes una forma tal de argumentación “dogmática cerrada”, que no devela las múltiples implicaciones del contexto de fundamentación, patentiza algo “insólito” (Petev, 2001, p.56).

Si el Derecho se analiza como un fenómeno social complejo en sus múltiples referencias a la política, la ética y la cultura, como lo hace el teórico del derecho, encontramos que este análisis es de mucha mayor utilidad que el que puede desplegar aquel que se esquematiza en la mera dogmática jurídica, cuyo punto de referencia no deja de ser estrecho. El jurista no puede ser hoy día un mero observador pasivo de la realidad jurídico social que lo engloba. La valoración que realice de la ley debe estar atemperada a los tiempos que vive, pues el derecho válido puede que no se halle tanto en los valores y evaluaciones que adoptara en el pasado el legislador histórico sino en la comprensión actual de lo que es, de lo que opera y se evidencia en la realidad. Los argumentos y las construcciones dogmáticas que le son suficientes para resolver los llamados “*soft cases*” -los casos fáciles- no funcionan para los difíciles, frente a los cuales se debe recurrir a criterios de racionalidad, pues la cognición de la realidad jurídica no puede quedar encasillada a la interpretación de los textos legales (Petev, 2001, pp.59, 82, 83 y 88 principalmente)

A modo de conclusión

El texto constitucional colombiano de 1991 permitió no sólo concienciar al juez de su papel y del poder de que está revestido, sino que también contribuyó a la readaptación de la estructura judicial hacia nuevas posibilidades

de recuperar su brillo y su valía, su “status” de poder constituido, que, aunque tímidamente, aprovechadas por la mayoría de los magistrados de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, fue desbordada de una manera positiva durante el período comprendido entre febrero de 1992 y febrero de 2001, por la Corte Constitucional colombiana al momento de ejercer sus funciones. Hoy día gracias a los desarrollos de la teoría del derecho va haciendo campo cada vez más la idea sobre que las normas del Derecho no pueden ser pensadas por fuera de la realidad jurídica. En este sentido fue la Corte Constitucional la que le devolvió el brillo y la confianza al pueblo en su Justicia, al entender que ella no se debe al Poder sino al Pueblo mismo, a través de la Constitución. Por fortuna así parece entenderlo en la actualidad la Corte Suprema de Justicia, muy en especial su Sala Penal.

La Constitución de 1991 si ha tenido algo trascendente ha sido revolucionar la tradición jurídica en nuestro ámbito. Ha venido en cierta forma a disminuir un acendrado formalismo jurídico que llevó a petrificar durante décadas la administración de la justicia constitucional y a alejarla de la sociedad, en cuya conciencia sólo había para ella indiferencia y desconfianza. A partir de 1991 se ha juridizado la vida política nacional, quizás como no se había visto desde la segunda década del siglo XX cuando se estrenaba el control concentrado entre nosotros. La Constitución colombiana de 1991 lo que hizo fue materializar un Cuarto Órgano del Poder Público en la Corte Constitucional que durante un buen tiempo cumplió a cabalidad su cometido verificando una verdadera revolución silenciosa que le ganó la simpatía de la sociedad civil.

Bibliografía

Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos (1991) Tres concepciones de la Democracia constitucional, *Cuadernos y Debates*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.

Ackerman, Bruce (1991) *La política del diálogo liberal*. Barcelona :Gedisa.

Althusius, Johannes (1964) *The Politics*. Boston: Beacon Press, p. 88

Bickel, Alexander (1962) *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, Yale University Press.

Castaño Zuluaga, Luis Ociel (2006) Tesis acerca de la Democracia constitucional: monismo, dualismo y fundamentalismo (fundacionalismo). En *Repertorio Histórico*, Academia Antioqueña de Historia. N° 13 . Medellín.

De vega garcía, Pedro. (1999) *La reforma constitucional*, Temas Clave de la Constitución Española, Madrid : Tecnos.

Ely, John. (1997) *Democracia y desconfianza*. Bogotá : Universidad de los Andes.

Ferrerres Comella, Víctor. (1997) *Justicia constitucional y Democracia*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Kriele, Martín (1980) *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires, Depalma.

Petev, Valentín. (2001) *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Rey Martínez, Fernando (2003) *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sanín Restrepo, Ricardo (2004). *Libertad y justicia constitucional*. , Santafé de Bogotá : Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Corte Constitucional Colombiana:

SC-89 de 1994; SC-511 de 1994; SC-194 de 1995; SC-187 de 1996; SC-245 de 1996; SC-347 de 1997; SC-380 de 2002.