

## APROXIMACIÓN AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Daniel Eduardo Florez Muñoz

### RESUMO

En el presente trabajo se expondrán las principales líneas de pensamiento de la corriente de pensamiento iusconstitucional norteamericana conocida como Popular Constitutionalism. Al interior de la cual se realiza un frontal cuestionamiento de las bases democráticas que presuntamente detentan las lecturas del constitucionalismo soportadas en la desconfianza hacia la intervención de pueblo como instancia de decisión política concreta.

**Palavras-chave:** *Constitución, Pueblo, Tribunal Constitucional, Control de Constitucionalidad.*

### APPROACH TO POPULAR CONSTITUTIONALISM

#### ABSTRACT

In this paper we will present the main lines of thought school of thought known as American iusconstitucional Popular Constitutionalism. Inside the front which makes a questioning of the alleged hold democratic foundations of constitutionalism readings supported the suspicion of the involvement of people, as an actual politic decision.

**Key-words:** *Constitution, People, Constitutional Court, Judicial Review.*

#### SUMÁRIO

1. Introducción 2. Los Orígenes: La clausura del universo político. 3. La Objeción Contramayoritaria. 4. En qué se reconoce el Constitucionalismo Popular? 5. Tipología del Constitucionalismo Popular.

---

### INTRODUCCIÓN

En muchas de las actuales constituciones del mundo, existe un consenso en la apuesta hacia un modelo de democracia deliberativa, en el cual, *“las decisiones políticas están sujetadas al control popular, pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo”* (Sunstein, 1996: 7); en ese sentido, surge el cuestionamiento al poder o supremacía judicial frente a las decisiones tomadas por los representantes del pueblo, dicho debate llega al punto, que Barry Friedman afirmarí que tal discusión constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos (1998: 334), y no es para menos, en la medida, en que pareciera demostrar cómo el debate acerca la legitimidad de los tribunales constitucionales, en ultima ratio sería no más que: el cuestionamiento por los límites de la democracia al interior de una comunidad política.

No es de extrañar que el mismo Kelsen considerara -al interior de su famoso debate con Carl Schmitt, acerca del Defensor de la Constitución- que la simple amenaza de recurrir al tribunal constitucional “puede ser, entre las manos de la minoría un instrumento propio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, por esta vía, en último análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría<sup>31</sup>” (Rincón, 2008: 119-120).

Este artículo tiene por objetivo abordar algunas de las principales líneas de trabajo del *Popular Constitutionalism*, heterodoxa corriente de pensamiento constitucional caracterizada por la desconfianza en la supremacía judicial y el desarrollo de buena parte de los argumentos asociados con la denominada Objeción Contra-mayoritaria. Señalaremos sus principales fortalezas y daremos razones para incorporar algunas de estas discusiones al interior de contextos como el colombiano, caracterizado principalmente por un tipo de consenso Neoconstitucional que campea casi sin crítica sería por la academia y la judicatura nacional.

En la realización del presente trabajo se utilizaron las técnicas propias del método bibliográfico de investigación, acudiendo tanto a fuentes primarias como secundarias. Se encuentra dividido en tres partes: en la primera se

---

31 En relación a la normativa lectura kelseniana de la democracia, resulta enormemente esclarecedor el trabajo del profesor Rodolfo Arango en *Filosofía de la Democracia* (2007).

esboza brevemente la crítica a los orígenes de la judicial Review, como punto arquimedico a partir del cual el poder judicial reclama como propio una serie de espacios e instancias de decisión originariamente democráticas. En la segunda parte,

## LOS ORÍGENES: LA CLAUSURA JUDICIAL DEL UNIVERSO POLÍTICO

El hecho de que en la actualidad los jueces gocen de la capacidad de poner límite al poder legislativo y reformatorio del Congreso y del actuar del Ejecutivo, a partir de la competencia o facultad propia del control de constitucionalidad; tiene que ver, –tal como lo expone Roberto Gargarella– entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el sistema judicial al interior del marco de una Constitución Republicana en el contexto anglosajón –del cual es originaria la figura del judicial review– y que en la actualidad existe en casi todos los sistemas judiciales del mundo. Me refiero a presupuestos de raíz conservadora, y antidemocráticos conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía –de un modo efectivo–, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Y así también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que solo algunos de ellos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones “justas”, entendiendo “decisiones justas” como decisiones correctas e imparciales (Gargarella, 1996: 12).

Es al interior de dicha tensión entre representación, voluntad popular y poder judicial, en que se desarrollan los principales ataques al control judicial de constitucionalidad (*judicial Review*), los cuales lejos de ser novedosos han sido expuestos desde diferentes ángulos a partir del dictado mismo de la Constitución de Filadelfia (1787), cuando el poder federal fue objeto de la disputa suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801 – 1805). El fallo, más relevante dentro de esta polémica, es el célebre caso “*Marbury vs. Madison*” redactado por el *Chief Justice* John Marshall, el cual fue proferido al interior de ese enrarecido y polémico clima político, la relevancia de este fallo se deriva del hecho, de que para muchos ese instituto (control de constitucionalidad) no se encontraba expresamente previsto en la Constitución norteamericana, al punto de afirmar que es con base a esa usurpación auto-abrogada por Marshall, que aun se mantiene activo la *Judicial Review* en los Estados Unidos, habría que aclarar que tal como lo expone Barrancos y Vedia, “*existen constancias del Judicial Review muy anteriores a “Marbury”*” (2004: 3), pero lo que sí es cierto es que si bien el *Judicial Review* no nació con *Marbury*, los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder sí nacieron junto con el dictado del célebre fallo (García Mansilla, 2009: 11).

## LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Sin embargo, en los últimos 50 años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la Objeción o Dificultad Contramayoritaria, es decir, “*¿Por qué jueces que no son electos por el pueblo pueden invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática?*” (ibid: 11), en otras palabras, con *Objeción Contramayoritaria* se hace referencia a la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Dichas teorías críticas al poder judicial y defensoras del poder del pueblo, tienen sus orígenes más remotos en la Inglaterra del siglo XVIII, principalmente en el pensamiento de autores como Thomas Paine, quien defendió vigorosamente, la idea que “*las verdades fundamentales podían ser conocidas por cualquiera con la perseverancia de examinar el mundo cuidadosamente y reflexionar sobre su experiencia*”, así como Joseph Priestley y Richard Price, este último llegando a afirmar que cada persona “*debía autogobernarse y cada comunidad debía procurar lo mismo, creando sus propias leyes. Lo que debía evitarse, en su opinión, era el “dominio de algunas comunidades sobre otras comunidades, o de algunos hombres sobre otros hombres”*” (Gargarella, 1996: 83). Señala Gargarella, como la influencia radical inglesa llegó a los Estados Unidos por distintos medios. Algunas veces, a través de la circulación clandestina de panfletos, pero muchas otras a través de la efectiva presencia física de los representantes de aquel radicalismo. El caso más notable, en este sentido, lo presento el mismo Paine, quien, después de una estancia relativamente silenciosa en Inglaterra, se trasladó a Pennsylvania con el apoyo de su amigo Benjamín Franklyn, desde donde sacó a la luz su enorme potencial político. Paine escribió casi toda su obra en los Estados Unidos, donde llegó a ser: uno de los ideólogos de la

revolución, influyente asesor de las principales figuras norteamericanas (Washington y Jefferson, entre ellas), y cabeza principal en la redacción de la Constitución de Pensylvania de 1776, sin duda alguna, el intento constitucional más radical aparecido en la historia jurídica norteamericana.

En la actualidad, y reivindicando los postulados históricos de esta tradición radical, tenemos una heterogénea corriente de brillantes constitucionalistas bajo el nombre de *Popular Constitutionalism*, dentro de cuyas filas encontramos juristas de la importancia de Larry Kramer<sup>32</sup>, Sanford Levinson<sup>33</sup>, Richard Parker<sup>34</sup>, Jeremy Waldron<sup>35</sup> y Mark Tushnet<sup>36</sup> entre muchos otros.

Conforme a lo expuesto por Javier Rincón, el *Constitucionalismo Popular* puede ser definido como, la corriente jurídica que se encuentra en oposición a toda idea de supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y específicamente a toda idea de supremacía de los tribunales constitucionales según la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la constitución en última instancia (2008: 124).

Larry Kramer -uno de los teóricos más importantes del Constitucionalismo Popular- asocia el Constitucionalismo Popular con la visión conforme a la cual, quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (Krammer, 2004: 962)

Para Roberto Gargarella, esta corriente jurídica podría compartir rasgos generales, una cierta *hostilidad* hacia el sistema judicial hoy existente, por considerar que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo más directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer su punto de vista acerca de lo que significa la constitución.

## EN QUÉ SE RECONOCE EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR?

En palabras de Larry Kramer y dejando evidenciado las profundas bases históricas que el autor mantiene en su posición, el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, es dado sostener que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la constitución es el pueblo y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle

---

32 Actual Decano de la escuela de Derecho de la Universidad de Stanford. Fue “Law Clerk” del Justice William Brennan. Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, ver: Krammer (2001) y especialmente (2004).

33 Para su visión del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: Levinson (1999).

34 Para una visión del autor al Constitucionalismo Popular, Ver: Parker (1999).

35 Profesor de Derecho en la Universidad de Oxford (heredero de la cátedra de H.L.A. Hart). En relación a la visión de Waldron al Constitucionalismo Popular, consultarse: Waldron (1999). De los autores pertenecientes al Constitucionalismo Popular, Waldron es quizá quien goza de más renombre, en su *Law and Disagreement* (1999), entra en directa polémica con el trabajo de Ronald Dworkin -autor fundamental en la defensa de la judicial review- así como en sus otros escritos, han servido para plantear de forma seria y argumentada que aún desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales era necesario resistirse el control judicial de las leyes. Ello así, por un lado, en razón de la existencia de profundos e irresolubles desacuerdos (the fact of disagreement) respecto del contenido y forma de los derechos individuales (un reclamo que implicaba una puesta en cuestión de las teorías contemporáneas sobre la interpretación constitucional). Y también, y por otro lado, porque esa preocupación por los derechos no podía sino partir del reconocimiento del igual status moral y la igual capacidad de cada uno, lo cual implicaba dejar de lado toda visión que, directa o indirectamente, pretendiera colocar a los jueces como expertos concededores del contenido de los derechos. En otras palabras, las mismas razones que daban base a la preocupación por los derechos debían servir para bloquear cualquier intento de dejar a la ciudadanía sin la posibilidad de discutir francamente sobre sus derechos y los límites de los mismos (Gargarella, 2009: 2).

36 Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, miembro de los *Critical Legal Studies* y fue “Law Clerk” del Justice Thurgood Marshall. Para su lectura del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: (1999).

dicho poder para que lo ejerza de forma soberana.

Una brillante *carta de navegación* para aproximarse a las tesis centrales del Popular Constitutionalism, la constituye la categorización que Roberto Gargarella hace en sus comentarios a la obra de Larry Kramer, *“The People Themselves”* (2004), para este autor argentino el *Constitucionalismo Popular* defiende una serie de criterios comunes, entre los cuales podemos encontrar principalmente (2009: 1-5):

- ***Desafiar la supremacía judicial: Quitando la Constitución de las manos de los tribunales.***

Cuestionan los supuestos históricos y políticos sobre los cuales descansa la supremacía judicial, Kramer –comenta Gargarella– sostiene que para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro del Estado. Contra dicha visión, reacciona el presidente Jefferson mostrándose hostil frente a la idea de la supremacía judicial y defendiendo un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. *“En definitiva, esta última visión -conocida como teoría “departamentalita” o “concurrente”- sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras, a la hora de interpretar el significado de la Constitución”* (2009: 1). Opinión respalda por Krammer afirmando que *“tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano le asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución,”* dejando la *“autoridad interpretativa final”* en el propio pueblo (Kramer 2004).

Ahora bien habría que aclarar que así como en el mundo jurídico que visualiza Larry Kramer lo que ha quedado abolida es la supremacía judicial, en la visión de otros autores cercanos al *“constitucionalismo popular,”* como Mark Tushnet o Jeremy Waldron, la impugnación parece ser todavía más radical, y alcanzar a toda forma de control judicial de constitucionalidad. Para Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad, la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (tribunales cuyos miembros también están divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) resulta ininteligible. Para Tushnet, el principal objetivo de un *“populismo constitucional”* como el que él defiende es el de *“quitar la Constitución de las manos de los tribunales.”* (Gargarella, 2009: 2)

- ***Ir en contra de una “sensibilidad anti-popular.”***

Consiste en una percepción difundida al interior de quienes defienden la supremacía judicial, consistente en una especie de autoridad moral de unos pocos sobre los muchos, Robert Unger resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el *“pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea”* está dado por su *“disconformidad con la democracia”* (1996: 72). Y agrega que esta disconformidad se expresa, en una incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente en la hipertrofia de prácticas y arreglos contra-mayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos. (1996: 152-153)

- ***Defensa de una Interpretación extrajudicial.***

El profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo en relación al debate frente a la supremacía judicial para interpretar la constitución, se revela la oposición entre dos cosmovisiones a las que célebremente denominara concepciones *“católica”* o *“protestante”* de la Constitución. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como *“provincia exclusiva”* del poder judicial, mientras que la segunda considera a la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos, estando el Constitucionalismo Popular llamado en la defensa de esta última. Por lo tanto de lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada *“interpretación extrajudicial”* de la Constitución, por parte de los actores sociales y la sociedad civil como tal (Gargarella, 2009: 3)

- ***El derecho fuera del derecho***

Hace referencia en palabras de Roberto Gargarella a uno de los antecedentes más interesantes de este tipo de posturas se encuentra en el muy reconocido trabajo de Robert Cover, *Nomos and Narrative*. En dicho trabajo, Cover exploraba los *“indisciplinados impulsos jusgenerativos,”* provenientes de movimientos sociales alternativos, y mostraba de qué modo la tarea judicial más característica no era la de *“crear, sino la de eliminar*

[ciertas visiones sobre el] derecho.” En opinión de Cover, los jueces - confrontando la existencia de cientos de tradiciones legales alternativas- venían a decir “que *ésta tradición* es derecho, mientras destruían [o trataban] de destruir a las restantes.” Contra dicha visión, Cover sostenía que “[l]as historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen” debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho. “El significado del derecho constituye un enriquecimiento desafiante de la vida social, una potencial limitación al poder y la violencia arbitrarias. Debemos dejar de circunscribir al *nomos*; debemos invitar la llegada de nuevos mundos jurídicos” –concluía Cover. Trabajos como los de los profesores Reva Siegel y Robert Post refuerzan un enfoque similar sobre la tarea del constitucionalismo. Junto a estos trabajos, estudios como los de Wayne Moore han ayudado a mostrar las formas específicas en que la ciudadanía “crea y mantiene normas constitucionales –incluyendo normas ‘legales’ que no encajan inmediatamente dentro de las narrativas profesionales.” (2009: 4)

- **Impulsar mayor Democracia y participación**

Todos los rasgos anteriores nos hablan de la común preocupación de los “populistas” por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas. Esta preocupación –a diferencia de otras corrientes progresistas- no ve en las mayorías una amenaza, sino todo lo contrario la oportunidad misma de autodeterminación de los pueblos. Es por eso que en su defensa a la soberanía popular, el Constitucionalismo Popular tiende a valorar más las manifestaciones propias de la “cultura popular,” con lo que ella pueda incluir de “indisciplinado,” “vulgar,” o no-refinado. Institucionalmente hablando, y como resultado de su confianza en la ciudadanía –de su desconfianza en las elites- los “populistas” favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos, la descentralización del poder. (Gargarella, 2009: 5)

Por otra parte, según nos comenta el profesor Javier Rincón Salcedo, siguiendo a Alexander y Solum, la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad popular, interpretada por el pueblo y protegida por la amenaza del pueblo de hacerla cumplir. La ley ordinaria es la ley de los representantes a nombre del pueblo, pero la Constitución es la ley del pueblo mismo, es por esta razón por la que en el mundo del “constitucionalismo popular”, los gobernantes son los regulados y no los reguladores y la autoridad de interpretación constitucional final permanece con el propio pueblo. (2008: 125)

## TIPOLOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Sin embargo, tal como lo exponen los profesores de la Universidad de San Diego, Alexander y Solum (2005), el *Constitucionalismo Popular* encuentra una de sus principales fuente de heterogeneidad en lo que respecta a la guarda e interpretación constitucional, en la medida en que para algunos –como veremos– se trata simplemente de un abolicionismo del *judicial Review* mientras que para otros, por el contrario, se trata de una relación dialogica entre tribunal y opinión pública, veamos esto a partir de la categorización realizada por los profesores señalados (Rincón, 2008):

- **Robust Popular Constitutionalism.** Desde esta posición es únicamente la voluntad popular la que puede llenar de contenido los preceptos constitucionales y por tanto en el pueblo recae tanto la guarda como la interpretación “correcta” de la Constitución Política. Para la corriente mas radical, el pueblo tiene como enemigo a los tribunales Constitucionales, los cuales en medio de su supremacía interpretativa se muestran como “sirvientes constitucionales” de las elites políticas.

- **Modest Popular Constitutionalism.** Al interior de esta corriente, al pueblo le corresponde sencillamente, “anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales” (Rincón, 2008: 126).

- **Trivial Popular Constitutionalism.** Al interior de esta forma de Constitucionalismo Popular, lo que prima es la aceptación por parte del pueblo de la interpretación que se haga de la Constitución. Esto se logra a partir de lo que ha dado en denominarse como “*Teoría del Reconocimiento*” de las normas, dentro de la cual se discute, entre otras cosas, si la simple no oposición a una norma o a una determinada interpretación de la Constitución por parte del pueblo puede ser considerada como aceptación de la misma, o si por el contrario, toda norma para considerarla aceptada, debe ser el objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo. (2008: 126).

- **Expresive Popular Constitutionalism.** Al interior de esta lectura del *Constitucionalismo Popular*, se pasa a valorar la opinión pública como un forma de interacción con la labor de interpretación del tribunal constitucional, a partir de una relación dialógica en la cual dicho tribunal entienda las preocupaciones, razones y posiciones que la opinión pública presenta y a partir de esta construir la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

Vemos como, el Constitucionalismo Popular, pretende en ultimas, encontrar en los procesos de discusión popular una fuente de legitimidad para el *derecho constitucional*, una legitimidad que no proviene de un cuerpo seleccionado de juristas, sino que incluya a los verdaderos practicantes de las disposiciones normativas, es decir, al pueblo mismo; y esto solo es posible a partir del cuestionamiento directo del poder cuasi-religioso de los pretores constitucionales, quienes emulando algún tipo de casta sacerdotal son los garantes y depositarios de una verdad a la cual, aun cuando se tratare de la verdad acerca de la salvación del pueblo, este no puede acceder a la misma por no estar *ungido* con los saberes técnico jurídicos que suponen el acceso; en este sentido el Constitucionalismo Popular, se nos muestra como una *Reforma Protestante* al jerárquico y cerrado poder custodio y portador de la *verdad constitucional*.

## CONCLUSIONES.

No deja de resultar curioso el hecho de que buena parte de los textos que constituyen el canon del estudio del derecho constitucional al interior de nuestros contextos, adopten como paradigma narrativo la elitista tradición que ignora el siempre decisivo, heterogéneo, y confuso papel de las gentes comunes y corrientes en largo proceso de construcción del derecho y la Nación<sup>37</sup>, por lo que no es de extrañar el que se continúen publicando libros tan vacíos de realidad que, al terminar de leerlos, uno no puede más que preguntarse, con fatigado asombro, si la Colombia de que habla el autor es la misma que han padecido y siguen padeciendo la inmensa mayoría de los colombianos (Munera 2005)<sup>38</sup>.

Vemos como dentro de cada una de las tradiciones o familias jurídicas<sup>39</sup> existen teorías que entran a entender de forma mucha veces contradictoria, los términos y condiciones que deben suponer las relaciones entre Derecho y Sociedad – Constitución y Pueblo-, lo que no se debe perder de vista es que siempre que hablemos de derecho constitucional, estamos necesariamente defendiendo o atacando una determinada concepción de la democracia, el Estado y el poder, en otros términos, resulta imposible sostener una posición jurídico constitucional a-política<sup>40</sup>, en este proceso la interpretación se nos muestra como la clave para

37 En nuestro contexto, al interior de la historiografía política el trabajo de Alfonso Munera resulta de enorme interés, precisamente por la permanente denuncia de los elementos ideológicos proyectados bajo el disfraz de rigor y neutralidad valorativa por parte de algunos de los principales historiadores en Colombia.

38 Hacia esta perspectiva están encaminados los Nuevos Estudios Jurídicos Críticos en Colombia, grupos de investigación en la Universidad Javeriana, Universidad Nacional y Universidad de Cartagena, se encuentran reconstruyendo los orígenes y la necesidad de superación de este tipo de narrativas jurídicas postcoloniales que impiden que el derecho sea tomado “*en serio*” por parte de la gran mayoría de los asociados y siga siendo visto como un elemento externo, agresor y al cual en lo posible es necesario evadir. Esta visión de lo jurídico –tan típicamente premoderna- es la que se nos muestra como sintomática al interior de nuestra periferia y se perfila como una táctica de contención de las multitudes sistemáticamente excluidas por parte de quienes detentan algunos importantes y particularísimos intereses; nuestra historia constitucional desde esta perspectiva solo crea los nuevos límites que debemos superar. Muy en sintonía con estos estudios se encuentran los desarrollados en el Birkbeck College de la Universidad de Londres, con Oscar Guardiola, Costas Douzinas y Bill Bowring.

39 En relación al concepto de “*familia jurídica*” ver los trabajos de Diego Lopez Medina, acerca del problema de los trasplantes jurídicos, (2009) y (2004).

40 Una de las mayores críticas al derecho constitucional positivista -heredero de la tradición alemana de la Staatslehre (Laband, Jellinek y Kelsen)- al interior de la academia jurídica colombiana es la proveniente del jurista colombiano Diego Lopez Medina, quien afirma que el “derecho constitucional cuando se presenta como una disciplina objetiva y anti-ideológica, está mintiendo palmariamente. La comprobación es sencilla: existen actores políticos concretos que usufructúan de manera clara los contenidos establecidos en el actual arreglo constitucional. la utilización del argumento constitucional, por tanto, es otro de los mecanismos que sirven para fortalecer la opinión propia que no se sostiene exclusivamente sobre la validez de la mera opinión política o



comprometer el progresismo constitucional con la superación de estados de cosas que entendemos como inaceptables, precisamente la construcción de una hermenéutica constitucional entendida como proceso continuo y holista entre Derecho, Política y Moral<sup>41</sup>.

El derecho constitucional en ese sentido se alimenta no solo de la filosofía del derecho, sino también de la filosofía política y moral en la medida en que la concepción que se tenga de la Constitución supone ya una lectura de la democracia y de los límites del poder dentro de una sociedad.

A fin de cuentas, el discurso de la democracia es la principal arma del Constitucionalismo Contemporáneo para contribuir en la transformación de las sociedades y en la lucha contra la miseria. Esto para afirmar, que en los momentos históricos en lo que existan mayores traumatismos constitucionales resulta risorio sostener la idea de una democracia estable, y por lo tanto con razón apunta el maestro Yezid Carrillo de la Rosa cuando parafraseando al Constituyente Francés, afirma: *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución, o lo que es lo mismo no tiene Democracia”* (Carrillo, 2005: 101).

---

ideológica (lo subjetivo y móvil), sino que ahora cuenta con el respaldo aumentado de lo que el derecho ordena (lo objetivo y fijo)” (Lopez, 1999: 36)

41 Como una clara contribución en ese sentido, debe entenderse la teoría constitucional de autores como Rodolfo Arango, quien en un Foro acerca de Neoconstitucionalismo celebrado en EAFIT (Medellín, 2009), defendía la tesis de la defensa constitucional de la Democracia Social desde contexto de exclusión y pobreza.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, L y SOLUM, L. (2005) "Book Review: Popular? Constitutionalism?". En: *Havard Law Review*, Vol 118.
- ARANGO, R. (ed) (2007) *Filosofía de la Democracia*. Bogota: UniAndes-Siglo del Hombre.
- BARRANCOS Y VEDIA, F. (2004) "Legitimidad del Control Judicial de Constitucionalidad". En: *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires.
- CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2005) "La Democracia Constitucional y el Control Racional al Ejercicio del Poder (Aproximación al caso colombiano)". En: *Revista Cultural UniLibre*. Año 3 N°4 Agosto. Pp. 76-101
- FRIEDMAN, B. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", en *New York University Law Review*, Tomo 73, 1998.
- GARCÍA-MANSILLA, M. (2009) *Estado Actual del Debate sobre el Control de Judicial Constitucionalidad en los Estados Unidos*. Buenos Aires. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- GARGARELLA, R. (1996) *Justicia Frente al Gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel.
- \_\_\_\_\_, (2009) *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer*. (Versión facilitada por el autor)
- \_\_\_\_\_, "Acerca de Barry Friedman y el Constitucionalismo Popular Mediado". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. N°123. Pág. 167
- GUARDIOLA, O. (2006) "Famous Last Words: Constitucionalismo Popular y el lugar de la verdad en política y derecho". En: SANIN, R. (Coor.) *Justicia Constitucional*. Bogota: Legis.
- KRAMER, L. (2001), "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court," 115 *Harvard University Press* 4.
- \_\_\_\_\_, (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
- LEVINSON, S. (1999), "Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention," 4 *Widener Law Symposium Journal* 211.
- MUNERA, A. (2005) *Fronteras Imaginadas*. Bogotá: Planeta.
- RINCON S., J. "La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular" En: *Revista Vniversitas* n° 115, Enero-Junio vol. 2.
- SANIN, R. (2009b) "Rescatando la Democracia del Liberalismo". Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.
- \_\_\_\_\_, (2006) (coord.) *Justicia Constitucional*. Bogota: Legis.
- SUNSTEIN, C. (1996) "Presentación". En: GARGARELLA, R. *Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- UNGER, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.
- WALDRON, J. (1999) *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.