

La garantía judicial de la constitución¹

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ Y PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMPIREZ²

El libro trata sobre asuntos estructurales y coyunturales que se presentan en las dinámicas del esquema democrático y de la organización y funcionamiento del Estado en constante relación con la ciudadanía. Se analizan cuestiones en el ámbito del derecho constitucional alusivas a la justicia constitucional, la tensión entre democracia y jueces, el constitucionalismo internacional, la democracia judicial, el estado de cosas inconstitucional y el sistema de partidos políticos en Colombia.

CONTENIDO

Prólogo - La Corte Constitucional y la democracia: los riesgos de la cooptación por parte del establecimiento	2
Capítulo 1 – Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después	3
Introducción.....	3
1. La doble apuesta de la Constitución de 1991: un balance a veinticinco años de su promulgación	3
2. La justicia constitucional y el fortalecimiento de la democracia en Colombia	4
Conclusión	4
Capítulo 2 – La tensión entre la democracia y los jueces	5
Introducción.....	5
1. El contexto político y jurídico de la dificultad contra mayoritaria	5
2. Una idea sobre la transmutación del tópico bickeliano en Latinoamérica	6
3. La dificultad contra mayoritaria como tensión democrática en Colombia	6
Conclusiones.....	7
Capítulo 3 – Los derechos como límites al poder y el consitucionalismo internacional.....	7
Introducción.....	7
1. Derechos, derecho o uso de la fuerza	7

¹ Síntesis elaborada por: Paula Davoglio Goes

² Jiménez Ramírez, Milton César y Arboleda Ramírez, Paulo Bernardo (2017): “La garantía judicial de la constitución”, Universidad de Caldas.

2. Límites al poder y constitucionalismo	8
3. La legitimidad del derecho internacional.....	8
Capítulo 4 – los cambios aporéticos de la justicia: entre la democracia judicial y la democracia deliberativa.....	9
Introducción.....	9
1. La teoría de Luigi Ferrajoli.....	9
2. Las críticas de Gargarella a la teoría de Luigi Ferrajoli	10
3. Críticas a las críticas	10
4. Respuesta de Gargarella a las críticas de Botero.....	10
Conclusiones.....	11
Capítulo 5 – Estado de cosas inconstitucional en Colombia: una aproximación jurídica a un elemento decisional.....	11
Introducción.....	11
1. Una aproximación a la definición del estado de cosas inconstitucional	11
2. Elementos para la declaración de un estado de cosas inconstitucional.....	12
3. Algunas consideraciones acerca de la declaración del ECI en materia de desplazamiento forzado.....	13
4. La valoración de la superación de un estado de cosas inconstitucional	13
Conclusiones.....	14
Capítulo 6 – El pluralismo político en la constitución de 1991: reformas al sistema de partidos políticos introducidas en los actos legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009.....	14
Introducción.....	14
1. Sistema de partidos políticos en la Constitución de 1991	14
2. Sistema de partidos políticos en las reformas de 2003 y 2009	15
Conclusiones.....	16

PRÓLOGO - LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA DEMOCRACIA: LOS RIESGOS DE LA COOPTACIÓN POR PARTE DEL ESTABLECIMIENTO

ANDRÉS BOTERO BERNAL

El libro trata de las tensiones que surgen entre la democracia y el empoderamiento de la Corte Constitucional en el contexto político colombiano. La ampliación de los poderes de la Corte conllevó a un gran protagonismo, lo que genera nuevos problemas relacionados con la cooptación de esa institución por parte del sistema. Con que solo cinco miembros de la Corte sean cooptados, toda la institución está comprometida.

Hasta el momento, la democracia se ha visto fuertemente alimentada por la actividad de la Corte. La actitud vigilante del ciudadano ante la forma en que se desenvuelven el poder y sus instrumentos de cooptación es indispensable para que el país tenga una buena salud política y constitucional.

CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIÓN DE 1991, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CAMBIO DEMOCRÁTICO: UN BALANCE DOS DÉCADAS DESPUÉS

RODRIGO URPIIMNY YEPES Y LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE

INTRODUCCIÓN

La antesala de la Constitución colombiana de 1991 corresponde a un periodo caracterizado por una violencia política aguda y cruda, y por una grave crisis institucional. Ante este escenario, hubiera sido posible ceder a la tentación autoritaria y restringir aún más la ya limitada democracia colombiana. Sin embargo, la solución adoptada fue la opuesta y diversas fuerzas políticas y sociales lograron un consenso para convocar una asamblea constituyente. Esa fue producto de la necesidad de una renovación profunda de la institucionalidad colombiana, pues la crisis de legitimidad era muy seria. La asamblea tuvo una composición plural y la nueva Constitución nace en 1991 con la vocación de ser un pacto por la transformación democrática de la sociedad colombiana.

Se trata de una Constitución aspiracional o transformadora, que mira hacia adelante. Por una parte, presenta un reconocimiento amplio de los derechos sociales y colectivos al lado de los civiles y políticos, y la consagración de mecanismos judiciales efectivos para su garantía. Por otra parte, abre las instancias de representación política con miras a convertirlas en escenarios más pluralistas.

1. LA DOBLE APUESTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: UN BALANCE A VEINTICINCO AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

La primera gran vía de transformación de la Constitución de 1991 fue la adopción de un constitucionalismo fuerte, lo que algunos autores denominan neoconstitucionalismo. Ese modelo se caracteriza por el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución, que se hace efectiva a través de mecanismos que aseguren la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución. Además, consagra un orden de valores a ser realizado y un conjunto denso de derechos a ser satisfechos.

El sistema de justicia constitucional colombiano es uno de los más poderosos y abiertos del mundo. La Constitución también introdujo la idea de democracia participativa y se consagraron varios mecanismos de la intervención directa de la ciudadanía en la definición de los asuntos públicos, así como la vigilancia de la gestión pública. La Constitución también abrió las puertas a las formas de democracia intercultural al ampliar los espacios de decisión de los pueblos indígenas.

Sin embargo, la Carta de 1991 ha desarrollado un constitucionalismo aspiracional-judicial en el cual la efectividad material de los postulados constitucionales ha recaído en el poder judicial, en especial en la Corte. La creación de la acción de tutela como instrumento expedito de protección de derechos fundamentales y el establecimiento de la corte constitucional como guardiana de la supremacía normativa de la constitución son dos de las innovaciones institucionales que más repercusiones han tenido. La Corte se ha convertido en un actor protagónico en la vida política del país, a tal punto que se puede hablar de una judicialización de la política.

Según datos de 2008, entre los países de las Américas que tienen tribunales constitucionales, la Corte colombiana ocupa el segundo lugar en el nivel de confianza de la ciudadanía, y siempre ha estado por encima del nivel de confianza en el congreso y los partidos políticos.

En contraste con los avances en la vía de la justicia constitucional, la innovación democrática ha tenido un resultado bastante pobre. Un primer ejemplo es la explosión de partidos pequeños que condujo a una excesiva fragmentación del sistema de partidos, lo que hace del sistema colombiano uno de los más personalistas del mundo. Además, la democracia representativa tendió a deteriorarse, especialmente debido a la interferencia de las organizaciones criminales en el sistema electoral y la cooptación de parcerías importantes con el Estado colombiano, principalmente a nivel local. La situación de pobreza en la que permanece gran parte de la población ha impedido también la extensión de la democracia participativa.

2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN COLOMBIA

Una judicialización excesiva de la política colombiana habrá terminado por debilitar aún más los mecanismos de participación de representación democráticas. Sin embargo, la intervención protagónica de la Corte se ha dispuesto en muchos casos, a fortalecer y no a debilitar la dinámica democrática. Por ejemplo: (i) la Corte ha adoptado decisiones dadas a preservar las reglas de alternancia en el poder, restringir los estados de excepción y vigorizar el debate democrático en el Congreso; (ii) la garantizado la protección de minorías históricamente discriminadas, como el caso de las parejas homosexuales; (iii) ha utilizado un modelo de activismo judicial dialógico, como en el caso del estado de cosas inconstitucional frente a los desplazados forzosos; (iv) ha desarrollado una jurisprudencia en materia de derecho a la consulta previa de comunidades indígenas.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, no es fácil articular el neoconstitucionalismo con un estímulo a la participación democrática y a la deliberación ciudadana. La doble apuesta por la judicialización y la democracia no es necesariamente complementaria. Sin embargo, aunque la articulación por las dos vías es problemática, no resulta imposible. Las intervenciones judiciales pueden fortalecer y no debilitar la democracia. Los jueces constitucionales, al proteger los derechos fundamentales y los principios constitucionales, lo que hacen es preservar las bases de la democracia, evitando riesgos graves del principio de la mayoría.

Sin una democracia vigorosa es más difícil contener los intentos de cooptación de la justicia constitucional por parte de fuerzas retardatarias. Además, en el caso de cooptación no es difícil imaginar el estancamiento e incluso el retroceso de las conquistas alcanzadas por la vía judicial.

CAPÍTULO 2 – LA TENSION ENTRE LA DEMOCRACIA Y LOS JUECES

CARLOS ALBERTO AGUDELO

INTRODUCCIÓN

Los jueces ejercen una dificultad contra mayoritaria (DCM) cuando se apartan de las normas que fueron promulgadas por las mayorías legislativas, ya que no tienen un origen democrático como lo posee, por ejemplo, el poder legislativo. Esa es la argumentación de los académicos formalistas, que consideran que la ley era la única fuente del derecho. Sin embargo, los jueces, a través de la “prudencia”, dan un tiempo de espera para las normas.

La idea de este artículo es comprobar que los jueces ejercen también un poder prodemocrático a la luz de la tensión entre la democracia y los jueces. El argumento es para mostrar cómo la *judicial review* (revisión judicial) puede ser eficaz para exponer una posible reconciliación entre el constitucionalismo y la democracia y no un distanciamiento entre los mismos.

1. EL CONTEXTO POLÍTICO Y JURÍDICO DE LA DIFICULTAD CONTRA MAYORITARIA

Durante el proceso de independencia de los Estados Unidos, el pueblo sostuvo que la política inglesa y su Constitución consuetudinaria no representaban la identidad de los norteamericanos y por esta razón querían que sus prácticas morales, políticas y sus costumbres fueran recogidas en una nueva carta política nacional. La primera idea que se defendió después de la independencia es que la constitución debía mantener un núcleo duro de significado: la democracia popular, los principios, las reglas y las prácticas judiciales. La separación de poderes debía quedar bien definida en la nueva carta. Aunque la revisión judicial quedó ausente en los artículos constitucionales, los jueces empezaron a abrirse camino como intérpretes de la constitución y como posibles vigilantes de las normas inconstitucionales.

En la literatura clásica se dice que el caso *Marbury vs. Madison* abrió las puertas al control judicial de leyes, pero ese es un mal ejemplo. Le falta técnica lógica en la argumentación de Marshall, pues no pudo concluir de manera coherente esbozar por qué los jueces podían declarar una norma inconstitucional o, al menos, apartarse de ella. Como nos dirá Alexander Bickel, la revisión judicial solo es virtuosa si los valores que defiende son coherentes con los llamados que la sociedad reclama a través de sus demandas sociales y en la que se respetan las leyes calculadas y bien medidas con base en el debate público y en un foro de principios acorde con los democráticos.

Bickel descubre que existe una tensión entre la democracia y los jueces cuando estos se apartaban de las normas promulgadas por las mayorías legislativas. A esta tensión la denominó

la DCM y quiso darle respuesta proponiendo su tesis de que la revisión judicial debe utilizarse con mucho cuidado para no caer en un activismo judicial. Esta dificultad la resolverá mostrando que la tensión democrática se podía disolver con las virtudes pasivas judiciales. Las normas solo pueden ser revisadas judicialmente cuando son claramente inconstitucionales en su aplicación, así el autor apela al control judicial concreto.

La Corte va ganando legitimidad con los fallos que vayan teniendo un respaldo en la sociedad, o sea, en la medida en que descubre principios y valores arraigados en la sociedad y para el bienestar común. Así, la Corte estará ofreciendo un espacio de discusión para crear un diálogo interinstitucional en contra del elitismo epistemológico judicial y en contra de cualquier tiranía de los demás poderes.

2. UNA IDEA SOBRE LA TRANSMUTACIÓN DEL TÓPICO BICKELIANO EN LATINOAMÉRICA

Dentro de la teoría constitucionalista y la defensa de los principios democráticos se empieza a fundar la idea de que los jueces son los ‘verdaderos’ garantes de los derechos y de la constitución. En ese contexto, se empieza a introducir en Latinoamérica el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional.

En los sistemas jurídicos latinoamericanos ha imperado un tradicionalismo presidencialista demasiado fuerte. Esto ha hecho que el poder ejecutivo haya tenido históricamente más hegemonía sobre los demás poderes, dejando a los jueces casi un papel nulo. Sin embargo, en los años 1980 y 1990 surge la corriente de las ‘democracias deliberativas’, que intentaba darle la estocada final a la revisión judicial.

La teoría de Bickel fue manipulada teóricamente por los escépticos del control judicial, generando un argumento muy poderoso en contra de la posibilidad de que los jueces pudieran auxiliar a la democracia. La tensión entre democracia y los jueces siempre ha estado presente en nuestro contexto, pero el control judicial es una necesidad en las democracias débiles.

3. LA DIFICULTAD CONTRA MAYORITARIA COMO TENSIÓN DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA

Desde la época de la independencia en Colombia fueron varios los intentos por establecer un control judicial de las normas, pero el excesivo presidencialismo impidió que estos propósitos tuvieran alguna fuerza. Donde más se agudizó el problema entre los jueces y la democracia fue a partir de la creación de la Constitución de 1991 en la que se creó la Corte Constitucional. La Corte ha jugado un papel prodemocrático en la medida en que estuvo del lado de los derechos y de la democracia en diversas oportunidades.

Los abogados y los economistas se han involucrado en una lucha que propone si los jueces pueden ser actores dentro de las políticas públicas o, por el contrario, es un tema solo para expertos. Se ha dicho que los jueces todavía son incompetentes para conocer dichos asuntos, conduciéndolos al problema de la judicialización de la política. La teoría del diálogo judicial desde

Bickel puede aportar a que el diálogo avance, principalmente a través del uso de las virtudes pasivas que son necesarias por parte del juez para que no impida el libre desarrollo de las políticas legislativas.

CONCLUSIONES

El debate sobre la permanencia o no del control judicial en Colombia no es solo un debate romántico por defender la Constitución, es un debate político por los poderes de turno, tesis que los americanos vivieron con anterioridad y de la que nosotros debemos aprender, no para adaptarla, sino para no repetir sus errores y comprender sus virtudes. Las democracias deliberativas, populares y mayoritarias deben corregir sus propios problemas antes de eliminar el control judicial de leyes. El poder judicial no es un reemplazo de la democracia, solo es una palabra intermediaria que garantiza los derechos, al estilo de un 'seguro de vida'

CAPÍTULO 3 – LOS DERECHOS COMO LÍMITES AL PODER Y EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho internacional es una exigencia derivada de la idea de que la legitimidad del poder político depende de que esté sometido a los derechos humanos. El constitucionalismo internacional entronca con el cosmopolitismo, pues encierra la pretensión de construir una organización internacional orientada a la protección de la dignidad de todos los seres humanos.

1. DERECHOS, DERECHO O USO DE LA FUERZA

El derecho, frente a la moral, se presenta respaldado por la posibilidad del recurso a la fuerza, que es ejercida por la instancia que monopoliza su uso legítimo, el Estado. Esa legitimidad deriva del hecho que el Estado está sometido a normas. Hoy en día, solo se considera legítimo un poder que se origine democráticamente y que en su ejercicio actúe con sometimiento a los principios del Estado de Derecho o para la realización de los derechos fundamentales.

La internacionalización del derecho hace referencia a la tendencia hacia la positivación de los derechos en el plano internacional, y se fundamenta en la pretensión de universalidad de los derechos. En el mismo sentido que en el que el derecho interno, la reivindicación del constitucionalismo supone la consolidación de la idea de que la fuerza debe estar al servicio de los derechos, algunos autores reclaman un constitucionalismo internacional.

2. LÍMITES AL PODER Y CONSTITUCIONALISMO

Los derechos son los instrumentos que servirán para limitar al poder construyendo un ámbito de autonomía que este no puede sobrepasar. Así, la seguridad jurídica cuya garantía es la función del Estado de Derecho se reclama también frente al propio Estado. Los derechos son límites al poder en dos sentidos: determinan las decisiones de los poderes constituidos y configuran posiciones subjetivas que los poderes deben respetar.

Los derechos están provistos de una dimensión ética puesto que su fundamento es la dignidad. Asimismo, tienen una dimensión política, y de acuerdo con que se prestan como criterios de legitimidad del poder. Desde el momento de la positivación, los derechos han sufrido varias evoluciones y, a lo largo de los años, se consolida la idea del derecho como un instrumento de organización y racionalización del poder.

La reivindicación de un constitucionalismo trasladado al plano internacional ha dado lugar a la recuperación del cosmopolitismo. Esa teoría alude a la reorganización de la sociedad internacional para establecer mecanismos universales que aseguren el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados. Sin embargo, hay autores que postulan que, para equilibrar la situación de fracturas entre Estados ricos y pobres, el instrumento más adecuado es recuperar el principio de la igualdad soberana.

Es difícil encontrar, en los trabajos de los constitucionalistas, una propuesta de organización que pueda ser realizable. No obstante, la ideología del cosmopolitismo es recuperable hoy como las más coherentes con la defensa de la universalidad de los derechos. Las aspiraciones constitucionalistas, sin embargo, se enfrentan a tres obstáculos que dificultan que se genere una organización política a nivel internacional: la desformalización, la fragmentación y el imperio.

3. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

El constitucionalismo es una propuesta sobre cómo tendría que organizarse la sociedad internacional. Desde el momento en que se adopta la mentalidad constitucionalista, la legitimidad del derecho internacional se desplaza del consentimiento de los Estados a la mejor realización de los derechos de todos los seres humanos. Cuando se reivindica el constitucionalismo de lo que se trata es de trasladar a la esfera internacional el concepto de Constitución, entendida como reconocimiento de los derechos y sometimiento del derecho a derecho. El constitucionalismo propone la articulación del derecho internacional desde los presupuestos de una teoría de la justicia basada en derechos. Los Estados tienen obligaciones negativas de respeto a los derechos humanos, pero también positivas de proteger y promoverlos.

La crítica relativista pone de manifiesto que la teoría tradicional de los derechos ha de superar dos grandes impedimentos en la representación de la titularidad: la homogeneidad y la abstracción. Cualquier poder político en el plano internacional debe emanar de un pueblo integrado por dos conjuntos universales: por la comunidad de todos los individuos y por la comunidad de todos los Estados. Ello, asimismo, entendiéndose que la participación no se refiere únicamente al sufragio.

Todas estas cuestiones requerirían de ulterior reflexión, empero, lo hasta aquí apuntado sirve para afirmar que, en definitiva, el derecho internacional se justifica, desde la teoría basada en derechos, en la medida en que se oriente a la realización de los propios derechos, se sustente por una organización que respete los principios del Estado de Derecho y se conforme democráticamente. Con estas condiciones, el constitucionalismo internacional no es simplemente una aspiración legítima, sino que es una exigencia derivada de la universalidad de los derechos humanos.

CAPÍTULO 4 – LOS CAMBIOS APORÉTICOS DE LA JUSTICIA: ENTRE LA DEMOCRACIA JUDICIAL Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

CAROLINA VALENCIA MOSQUERA

INTRODUCCIÓN

EL artículo expondrá el pensamiento democrático de Luigi Ferrajoli, sintetizado en el texto Democracia y garantismo en el que despliega su teoría desde cuatro puntos fundamentales: teoría de la democracia, teoría de los derechos, justificación del control judicial y minimalismo penal.

1. LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI

El autor asocia la democracia con el gobierno de los peores (kakistocracia) en la medida en que esta forma de gobierno, basada en la irracionalidad de las mayorías que abusan del poder, conduce necesariamente a la opresión de las minorías por parte de los grupos mayoritarios. Para el autor, los derechos son el territorio de lo indecible, lo expropiado a la voluntad de las mayorías, aquel territorio vedado a su disposición. Con la finalidad de no dejar a la política y a la democracia vaciadas de contenido y de significado al haberles sustraído de su campo de acción, el territorio de lo indecible, se les deja el territorio de lo decidible, conformado por: las funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de dirección política, siempre respetando a la Constitución.

Debido a que los derechos fundamentales y sus garantías son contra mayoritarios, asimismo el poder judicial, encargado de su tutela, ha de ser un poder virtualmente contra mayoritario. Así, se observa cómo las barreras de contención al poder abusivo y opresivo de las mayorías están dadas por el territorio de lo indecible y por la función judicial de garantía, salvaguarda y protección de tales derechos.

El poder opresivo de las mayorías y los excesos irrefrenables de la democracia también se manifiestan en el ámbito del derecho penal, con la pretensión mayoritaria de establecer cada vez más penas y más gravosas. Para Ferrajoli, por tanto, la única salida es la defensa de un derecho penal mínimo, destinado a proteger las garantías y derechos que la democracia pone en riesgo.

2. LAS CRÍTICAS DE GARGARELLA A LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI

Sobre la teoría de la democracia, el primer tipo de falencias tiene que ver con la visión pesimista del autor italiano, quien le atribuye a la ciudadanía acciones y decisiones sobre las cuales no ha intervenido y sobre las que carece de control real. Ferrajoli responsabiliza a la ciudadanía de la crisis de representación, de la que el ciudadano, más que protagonista, es víctima.

Gargarella defiende que, para una concepción deliberativa, la vida pública debería estar regulada por normas surgidas de procesos de discusión pública inclusivos, celebrados entre ciudadanos situados en un pie de igualdad. No se asume que la deliberación va a llevarnos siempre o necesariamente a decisiones correctas, pero sí que no hay forma mejor para determinar de qué modo vivir colectivamente. La idea es, en definitiva, que cada persona sea tratada como un igual.

Para Gargarella, Ferrajoli sostiene una lectura elitista de los derechos claramente oriunda del pensamiento iusnaturalista lockeano y, al expropiarlos de la voluntad mayoritaria, los deja sin raíces, pues tampoco aclara cuáles son esos derechos, ni quién o quiénes los definen, ni cómo lo hacen. Además, afirma que los derechos fundamentales no son autoevidentes. Además, afirma el autor que los jueces no son ajenas a las pasiones, a los intereses y a la irracionalidad, puesto que no es posible atribuir lates despliegues de la personalidad a un grupo humano en particular, lo que lleva a aseverar que no existen razones para creer que el sistema judicial se encuentra inmune frente a los sesgos sociales. En todo caso, Gargarella no propone la erradicación del control judicial.

Sobre el minimalismo penal, Gargarella acusa a Ferrajoli de no haber ido más lejos, incluso hasta llegar al abolicionismo o a formas de reproche alternativas, tendentes a erradicar las características opresivas del derecho penal moderno que impone penas brutales e injustificables.

3. CRÍTICAS A LAS CRÍTICAS

El profesor Andrés Botero Bernal aclara que la discusión va más allá de ser un debate entre autores, para plantear la polémica sobre la lid entre democracia constitucional judicial y democracia deliberativa. Tanto la propuesta de Ferrajoli como la de Gargarella son iuspolíticas de lo que ambos autores estiman más apropiado para una sociedad democrática.

Tomando en consideración el hecho de que ningún grupo de gobierno se encuentra al margen de las ideologías y de los prejuicios, la polémica no debe concentrarse en la presencia o en la ausencia de estos, sino en el tipo de ideología o prejuicio que se promueve. Sobre la función de la pena, ambos, Gargarella y Ferrajoli, proponen el abolicionismo de ciertas penas o el establecimiento de penas alternativas al encierro. Dicho así, no se encuentra diferencia alguna en las posturas de los autores.

4. RESPUESTA DE GARGARELLA A LAS CRÍTICAS DE BOTERO

Gargarella concibe la neutralidad como una virtud institucional que dependen de la forma en que se encuentren organizadas las instituciones y no del modo en que piensen y actúen los jueces,

de manera que es necesario contar con un sistema institucional que maximice la imparcialidad en la decisión de un caso concreto, aun en el caso de que se encuentre conformado por jueces parcializados por sus prejuicios e ideología. Sostiene que su propuesta se ubica en el centro del proceso de toma de decisiones a la voluntad mayoritarias, fortalecida y apoyada por diversos mecanismos institucionales que garanticen la imparcialidad, como el control judicial.

CONCLUSIONES

Se estima que la justicia constitucional en países como Colombia admite la conciliación entre ambas posturas mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, que cuenta con elementos de las dos manifestaciones de la democracia aquí expuesta. Las especiales características de la acción pública, sus importantes ventajas en materia deliberativa y su particular sistema de participación ciudadana, no solo para las partes sino para todos los que tengan interés en la norma, nos permiten asegurar que este mecanismo de control constitucional es el que más garantías ofrece dentro de los modelos constitucionales vistos, para el establecimiento y buen funcionamiento de la democracia deliberativa.

CAPÍTULO 5 – ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A UN ELEMENTO DECISIONAL

MILTON CÉSAR JIMÉNES RAMÍREZ

INTRODUCCIÓN

El estado de cosas inconstitucional (ECI) puede entenderse como una declaración judicial capaz de acumular una serie de hechos masivos, notorios y persistentes y en todo caso contrarios a las directrices y axiología constitucionales. Se trata de una figura jurisprudencial que evalúa diversas realidades infractoras de la Constitución, exigiendo su corrección integral no solo por intermedio de una decisión judicial, sino ordenando la participación de las distintas entidades estatales a través del cumplimiento de las funciones que les son propias.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

El ECI es una declaración judicial, particularmente de la Corte Constitucional, con la que se pretende sancionar hechos persistentes, masivos y notorios que contradicen de forma grave la Constitución, desconociendo su primacía, fuerza normativa y la prevalencia de la dignidad humana. Es la respuesta judicial a hechos de gran impacto social, amparada en el rol que como garante y máximo intérprete constitucional posee el juez. La declaración puede exigir la creación de políticas públicas que permitan responder de forma directa y progresiva a la situación que se quiere rebatir hasta que se declare como superado el ECI.

Lo anterior supone que desde lo jurídico se pretende adoptar decisiones interdisciplinarias e interinstitucionales con el fin de priorizar la reparación de los derechos, impedir la perpetuación

de amenazas, acciones u omisiones infractoras de la constitución. La figura del ECI tuvo uno de sus principales referentes históricos en el derecho americano, en las figuras de la *political question doctrine* y *structural remedies*, que sirvieron a la Corte Constitucional para su fundamentación y uso jurisprudencial. Un juez solo puede proceder a dictar sentencias en casos concretos y nunca extender sus efectos a casos que ni siquiera se han demandado, como se pretende con el ECI. El juez se convierte no en un legislador negativo, efecto propio del control de constitucionalidad sobre las leyes, sino también en uno positivo pues evalúa y requiere acciones legislativas específicas, que cumplan con requerimientos descritos en las sentencias, y posteriormente define su lo desarrollado es idóneo frente a la administración pública y demás organismos de la estructura estatal.

Se está en presencia de una figura atípica, justificada en una discrecionalidad judicial razonada en la primacía de la Constitución y en la vulneración masiva a los derechos fundamentales, todo lo que hace que se consolide un modo de actuación judicial que asciende a precedente judicial. Sin embargo, se trata de una figura con carácter excepcional, porque conviene evitar cualquier alteración injustificada de la separación de poderes. El ECI no puede ser una declaración mediada solo por el activismo judicial o las premisas neoconstitucionales, sino que requiere de un adecuado seguimiento de la doctrina y el precedente constitucional en la materia, probado y justificado constitucionalmente.

2. ELEMENTOS PARA LA DECLARACIÓN DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La ECT garantiza la prerrogativa mínima del Estado al amparo en un caso concreto con el objetivo de salvaguardar la integridad y subsistencia humana. Esto genera un cuestionamiento acerca de la legitimidad democrática de los jueces para adoptar estas decisiones que comprometen al Estado y a la sociedad, más cuando el poder judicial posee un déficit democrático y los derechos deberían ser gestionados directamente por el pueblo, con la participación y la deliberación política.

Los criterios jurisprudenciales para la declaración de un ECI son (Sentencia T-025/04, p.81-82): la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta aun número significativo de personas; la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DECLARACIÓN DEL ECI EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

En ese precedente, la Corte asume su estudio partiendo de la premisa de que se trata de un problema humanitario que exige una respuesta integral por parte del Estado y de la solidaridad y entendimiento de la sociedad (Sentencia T-227/97). La corte constató que la política pública sobre desplazamiento forzado (ley 387 de 1997) no produjo los resultados mínimos necesarios, pues la atención humanitaria de emergencia no ha sido suficiente, así como los programas de estabilización socioeconómicas o de acceso al mercado laboral.

Otro criterio transcendental en este caso es el de la urgencia y la prioridad en la atención humanitaria, lo que llevó al juez constitucional a establecer plazos de cumplimiento y verificación, lo que es perentorio pues se necesita abandonar en el menor término posible la situación que se sanciona a través de la intervención judicial. Se asume la premisa según la cual el juez no puede observar pasivamente la violación masiva de los derechos humanos o esperar indefinidamente el accionar de las demás ramas del poder público y entidades estatales, sino que, frente a la exclusión y marginalización que la inacción estatal genere, debe adoptar las medidas necesarias para que el Estado cumpla sus deberes fundamentales.

En síntesis, la interpretación de la Corte en este caso no se basó exclusivamente en el precedente constitucional acerca del ECI, sino en la valorización axiológica y material de las condiciones de disponibilidad y acceso de las personas a bienes y servicios básicos, al igual que se su capacidad de superar la condición de desplazamiento que terminó siendo una causa y equivalencia de la pobreza extrema.

4. LA VALORACIÓN DE LA SUPERACIÓN DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

El ECI debe evidenciar un cambio positivo en la situación fáctica que se interviene, de lo contrario la afectación de la separación de poderes, o los llamados a la cooperación armónica interinstitucional, no se justificarán y podrían terminar incrementando la objeción democrática al activismo del juez, pese a su justificación dogmática en la primacía de los derechos y de la constitución. Bajo este concepto se propone el test de superación del ECI (TESE) en cinco pasos: 1. Fijación del tipo de indicadores pertinentes para medir la superación del ECI; 2. Fijación de la lista de indicadores dentro de cada dimensión (proceso y resultado); 3. Determinación del valor de las dimensiones de proceso y de resultado; 4. Calificación de los indicadores dentro de cada dimensión; 5. Fijación del umbral de superación del ECI y conclusión del test.

Finalmente, se propone un esfuerzo deliberativo que involucre en la declaración del ECI y su evaluación los argumentos financieros de los obligados a sanear la infracción constitucional, lo que es congruente con la exigencia de consideración y equilibrio fiscal y no pretende menguar la primacía de los derechos de la propia constitución.

CONCLUSIONES

Es de destacar que el ECI como una posibilidad de adjudicación puede representar un hilo conductor entre la población que afronta una infracción a sus derechos constitucionales y el poder público, capaz de optimizar el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público y el deber de protección efectiva a la población. La ECI es un instrumento excepcional, de emergencias, que busca el retorno a la normalidad jurídica y la no reductibilidad de la constitución a la realidad.

CAPÍTULO 6 – EL PLURALISMO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991: REFORMAS AL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS INTRODUCIDAS EN LOS ACTOS LEGISLATIVOS 01 DE 2003 Y 01 DE 2009

PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMÍREZ

INTRODUCCIÓN

En la democracia contemporánea, los partidos políticos se constituyen como elementos necesarios para la existencia de la forma de gobierno democrática, puesto que son las instituciones encargadas de encauzar las demandas sociales para gestionarlas en el andamiaje estatal y materializarlas a través de las normas jurídicas. El reconocimiento del pueblo como soberano implicaría que la voluntad popular no debe estar subordinada a ningún otro poder, y por ende ninguna norma podría establecer límites a su ejercicio. En consecuencia, el pluralismo es a la vez un presupuesto social y un valor normativo del sistema constitucional. Como presupuesto indica un tipo de sociedad en la cual no existe un proyecto único para la realización de los fines sociales. Este capítulo caracterizará el sistema de partidos políticos, el régimen electoral y los diversos mecanismos de participación democrática en el contexto de las dinámicas políticos-electorales.

1. SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se orientó a establecer un sistema político participativo en el sentido de permitir a nuevas fuerzas políticas tener un lugar en el escenario electoral para destruir los cimientos del modelo bipartidista. Los partidos políticos son agrupaciones que buscan la obtención de intereses colectivos y, por ello, son instituciones constitucionalmente relevantes.

Para la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), entre los cuatro principios que debían inspirar a la nueva Constitución estaba el principio del pluralismo político como fundamento del sistema pluripartidista que se quería implementar. La ANC afirmaba que el establecimiento de un sistema político abierto a la competencia entre los partidos y movimientos implica el reconocimiento de las garantías necesarias para la formación de alternativas de cambios de las opciones desarrolladas por los que comparten el gobierno. Además, la ANC quería establecer las

circunscripciones especiales para las minorías políticas tales como indígenas, los afrodescendientes y los colombianos en el exterior.

La democracia participativa se planteó como requisito indispensable para la formación y la consolidación del sistema de partidos políticos dentro de un contexto pluralista. La democracia colombiana es semidirecta adscrita a un sistema intermedio entre el modelo de participación directo e indirecto.

Quince años después de expedida la constitución de 1991 con respecto del sistema de partidos políticos que se estableció iniciando la década de noventa, surgieron ciertos problemas en cuanto a la flexibilidad de la normativa electoral y política acerca de los pocos requisitos que exigía la Carta para la creación de un partido político. El gran error en las reglas electorales radicó en que las normas para poder formar un partido o movimiento político fueron muy laxas. Es decir, se pasó de tener prácticamente dos partidos políticos a tener 76 micro partidos, lo que generó la aparición de fuertes personalismos políticos, especialmente en regiones y en los departamentos.

Una consecuencia positiva de la reforma de 1991 guarda relación con la circunscripción de carácter nacional para el Senado, pues esta variable electoral ha contribuido a desvertebrar el sistema tradicional del caciquismo regional.

2. SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS EN LAS REFORMAS DE 2003 Y 2009

El acto legislativo 01 de 2003 instauró modificaciones estructurales en la organización de los partidos políticos en aras de su fortalecimiento y su consolidación. Asimismo, introdujo reformas al régimen electoral. Se buscó atacar directamente la fragmentación de las fuerzas políticas en diversos movimientos o personalismos políticos, tal cual se venía presentando en el sistema político-electoral de Colombia hasta antes de 2003.

La reforma logró concentrar los votos en los partidos más grandes, que cuentan con una estructura de funcionamiento en casi todo el territorio nacional, en detrimento de las minorías y, por ende, de la representatividad del sistema político. De las diez colectividades políticas que alcanzaron representación en el Senado de 2006, nueve conformaron listas únicas cerradas, no bloqueadas con voto preferente.

En cuanto al umbral electoral dispuesta en el 2%, los partidos políticos pequeños perdieron la personería jurídica en las elecciones al Congreso de 2006. Los partidos de tendencia centroizquierda, por ejemplo, decidieron unir fuerzas electorales mediante la creación de un único partido con características de mayor envergadura para enfrentar con éxito la reforma política de 2003.

El acto legislativo 01 de 2009 se planteó para fortalecer la disciplina en relación con la consolidación de partidos políticos fuertes; además, esta reguló el tope de financiación de campañas y estableció sanciones para los partidos y movimientos políticos con la finalidad de evitar la infiltración de personas con vínculos probados con los grupos al margen de la ley en la configuración de las listas y, por tanto, en el otorgamiento de los avales.

Mediante estas reformas políticas se pasó de un sistema pluripartidista a un sistema de pocos partidos que incrementaron el poder del presidente de la República. Por esta razón los partidos políticos no responden a plataformas ideológicas, sino a la consecución de intereses burocráticos y clientelistas, que a todas luces se alejan del cometido constitucional de consolidarse como el medio de expresión y canalización de las demandas provenientes de la sociedad civil.

CONCLUSIONES

Es tal la importancia de los partidos políticos para la construcción de la democracia, que estos se constituyen en el elemento fundamental para el afianzamiento de esta, siendo el medio de expresión por el cual se accede al poder y se canalizan los intereses de la sociedad civil.

Es importante que una próxima reforma política se fundamente en la construcción de una cultura política en la cual se respeten los valores y los principios del Estado Social de Derecho. Todo esto, con la intención de formar ciudadanos comprometidos con el fortalecimiento y la consolidación de la democracia. Finalmente, se afirma que se necesitan partidos políticos sólidos y transparentes ideológicamente como condición sin la cual no podría hablarse de una democracia fuerte, legítima y capaz de solucionar los problemas que aquejan al Estado colombiano.