

# Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle\*

---

**Law and Society in the Constitutional State:**

An introduction from J. Elster, L. Kramer and P. Haberle

Daniel E. Florez Muñoz\*\*  
Universidad de Cartagena (Colombia)

---

\* Este trabajo constituye una versión resumida de la primera parte del marco teórico de la investigación "Los Límites Constitucionales de la Democracia: Tribunal Constitucional, Pueblo y Constitución", de la cual el autor es investigador principal y la misma está adscrita a la línea Derecho y Sociedad, perteneciente al Grupo de Investigación de Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos, liderado por el doctor Yesid Carrillo de la Rosa, a quien el autor agradece profundamente sus comentarios y críticas sobre este artículo.

\*\* Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena. Coordinador del Grupo de Investigaciones Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Ha sido ponente en diversos Congresos Nacionales e Internacionales en temáticas de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía Política, y tiene publicaciones en revistas nacionales e internacionales y capítulos de libros en las materias referidas. *daniel.florez@hotmail.es*

---

REVISTA DE DERECHO

N.º 35, Barranquilla, 2011

ISSN: 0121-8697

## **Resumen**

*Al interior de la filosofía de la democracia contemporánea resulta común encontrar posiciones que entienden al amanecer del constitucionalismo contemporáneo como el anochecer de la democracia y el retorno a un modelo elitista de corte aristocrático en el cual la última palabra siempre la tendrá un grupo de selectos juristas aún cuando su decisión sea abiertamente contra mayoritaria y, por lo tanto, –a su entender– antidemocrática. En ese sentido, el presente trabajo tendrá por objetivo exponer algunas de las lecturas contemporáneas en relación a las tensiones entre democracia (Pueblo) y Constitución (Tribunal Constitucional), tomando las que hoy en día son quizá las teorías más influyentes dentro de la academia global. Me refiero a la teoría de los límites constitucionales de Elster, el Constitucionalismo Popular de Kramer, Waldron y Tushnet, y la teoría de la Sociedad Abierta a los Intérpretes de Peter Häberle.*

**Palabras clave:** Pueblo, Constitución, Tribunal Constitucional, Democracia.

## **Abstract**

*Within the philosophy of contemporary democracy it is common to find positions that understand the dawn of modern constitutionalism as the twilight of democracy and the return to an elitist and aristocratic model of in which the last word will always be held by a select group of lawyers, even though their decision is openly against the majority and, therefore, in his view, anti-democratic. In that sense, this paper will aim to expose some of the contemporary readings in relation to the tensions between democracy (people) and Constitution (Constitutional Court), taking into consideration what today are perhaps the most influential theories in the global academy. Here will be discussed the theory of constitutional limits Elster, Popular Constitutionalism Kramer, Waldron, and Tushnet, and the theory of the Open Society Interpreters Peter Häberle..*

**Keywords:** People, Constitution, Constitutional Court, Democracy.

*Fecha de recepción:* 3 de marzo de 2010

*Fecha de aceptación:* 27 de octubre de 2010

## INTRODUCCIÓN

En un diálogo entre el filósofo jesuita colombiano Guillermo Hoyos y el filósofo judío-español Manuel Reyes Mate, este último comentaba, en relación con la justicia en la sociedad contemporánea y su tratamiento desde el punto de vista ético, que *la justicia no es en primer lugar una distribución igualitaria de la libertad sino una distribución responsable del pan*. Y agregó: *Pan y Libertad no son incompatibles. Van juntos. Pero con ese orden*. Y retomando a Ernst Bloch concluyó: *El estómago es la primera lamparilla en la que hay que echar aceite, y el hambre y el amor ponen al mundo en movimiento*. Con estas afirmaciones, de profundo contenido hebreo<sup>1</sup>, quería Reyes Mate afirmar que para poder hablar de justicia hay que partir de la experiencia de la injusticia. En esto coincide hoy la mayoría de los teóricos de la justicia y de la ética; pero en lo que no caen en cuenta es que la motivación para luchar contra la injusticia o, si se quiere, por la justicia, tiende a desaparecer en las elaboraciones teóricas abstractas; por lo que es necesario volver una vez más a la *sensibilidad social*, es decir, a la experiencia concreta de quienes padecen la injusticia (Hoyos, 1998, pp. 178-179).

De lo que se trata es de un llamado a retomar el *principio de realidad* en la doctrina jurídica, expresado en la necesidad de adoptar la posición del subalterno<sup>2</sup>, del excluido<sup>3</sup>, o sencillamente del *otro*<sup>4</sup> como verdadero depositario y soberano del derecho<sup>5</sup>; por lo que resulta necesario en-

---

1 Expresiones como Pan, Aceite y Lamparilla tienen un alto contenido simbólico en la tradición hebrea; en relación con el significado de estas palabras, entre otras, ver: Dussel (1994).

2 Los estudios de lo Subalterno constituyen una corriente dentro del pensamiento social y la crítica literaria periférica. En relación con los estudios subalternos, ver: Gayatri Chakravorty Spivak (2008) y Dipesh Chakrabarty (2008).

<sup>3</sup> Es la posición adoptada por la Filosofía de la Liberación, desarrollada principalmente por Enrique Dussel. Acerca de estos importantes estudios de la condición latinoamericana en contraposición al eurocentrismo de los grandes metarelatos, ver: Dussel (1992).

<sup>4</sup> Categoría desarrollada por el pensador semita Emmanuel Levinas en su famosa obra *Totalidad e Infinito* (1977) y más adelante adoptada por la segunda fase de la Filosofía de la Liberación. Ver: Dussel (1998).

<sup>5</sup> Actualmente todas estas perspectivas de estudio desde la alteridad sometida y excluida configuran la constante dentro del abanico epistemológico de los denominados estudios poscoloniales o decoloniales, liderados en Latinoamérica por el trabajo de académicos de la talla de Santiago Castro-Gómez (1998, 1999, 2005), Dussel (1992), Walter Dignolo (1995, 2000, 2001), Aníbal Quijano (1992) y Catherine Walsh (2003); en el Derecho resultan profundamente interesantes las contribuciones de Oscar Guardiola-Rivera desde esta perspectiva (2003, 2004, 2008).

tender los efectos, las implicaciones y la forma con las que el derecho opera en el interior del tejido social, y que simplemente no sirve de objeto para discusiones abstractas entre especializados juristas o como la razón del desvelo de algún estudiante para su parcial final; el derecho constituye en la realidad un orden simbólico que crea subjetividades, y configura las posibilidades reales en la vida de los asociados, o si se quiere, en la vida de quienes lo aplican, lo padecen y lo viven pero, paradójicamente, los que menos lo conocen.

Resulta llamativamente preocupante el hecho de que gran parte de las narrativas constitucionales en nuestros contextos continúen escribiendo sus tratados desde la vieja tradición que ignora el siempre decisivo, heterogéneo, confuso y contradictorio papel de las gentes comunes y corrientes en el largo proceso de construcción del derecho y la Nación<sup>6</sup>, y se continúa 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 hablan tales autores es la misma que ha padecido y sigue padeciendo la inmensa mayoría de los colombianos (Múnera, 2005)<sup>7</sup>.

Este artículo tiene como objetivo exponer de manera sucinta los marcos normativos dentro de los cuales deben procurarse mantener la relaciones entre Derecho y Sociedad, entendiendo a esta última –conforme a lo expuesto anteriormente– como la portadora de la soberanía, en su expresión política como pueblo o sociedad civil, por lo que constituye el actor político-jurídico de mayor importancia dentro

---

<sup>6</sup> Como contribuciones desde este enfoque pueden entenderse los trabajos de Oscar Guardiola-Rivera (2006) y Ricardo Sanín Restrepo (2009a, 2009b).

<sup>7</sup> 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 en el 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.

del orden constitucional, cuya expresión –como veremos– no puede limitarse simplemente al ejercicio del sufragio o extraordinariamente al proceso constituyente, sino que requiere un diálogo constante con la institucionalidad del poder constituido, en procura de renovar las condiciones de legitimidad que requiere el derecho oficial<sup>8</sup> para seguir existiendo como derecho válido y eficaz<sup>9</sup>.

Con esta idea en mente nos aproximaremos a tres –de las muchas– teorías que explican los nexos dialógicos entre Constitución y Pueblo. En primer lugar abordaremos la teoría de Jon Elster, brillante miembro de la escuela del Marxismo Analítico de Oxford, quien tomando como metáfora la imagen de Ulises –el héroe de los cantos homéricos– explica las autolimitaciones que se impone la comunidad política en un momento dado a través del acto constitucional originario, y jurando no quebrantarlo deposita la confianza en el tribunal constitucional, como sujeto político responsable de la sagrada obligación, que es: recordarle lo inicialmente pactado por sí mismo; en palabras de Elster, su *precompromiso*. En la segunda parte explicaremos brevemente los fundamentos del Constitucionalismo Popular, heterodoxa corriente jurídica norteamericana que critica de forma radical la denominada *supremacía judicial* apelando a criterios de la teoría política que fundamentan la defensa y necesidad de dar mayor voz al pueblo en la definición de los alcances y límites de las constituciones. Y por último abordaremos los argumentos de Peter Häberle, teórico alemán pionero en el enfoque cultural a la Constitución y gran comparativista; Häberle sostuvo lo que en mi concepto sería una línea intermedia entre la teoría de Elster y el ala más radical del Constitucionalismo Popular. En su trabajo *La Sociedad Abierta a los Interpretes* (2002b) defendió una jurisdicción constitucional en la cual se dé cabida de forma institucional a la opinión pública y a los actores sociales pertenecientes al complejo abanico cultural que suponen los estados modernos.

---

<sup>8</sup> Se realiza la distinción entre derecho oficial y derecho informal o no oficial, propia del pluralismo jurídico, en la medida en la que es en el primero de éstos en que la categoría de legitimidad reclama un papel fundamental para la existencia del ordenamiento; un ejemplo de casos contrarios en los que la justicia informal no requiere de legitimidad para ser eficaz puede ser la denominada “justicia guerrillera”. Al respecto ver: García y Santos (2004, pp. 331-385).

<sup>9</sup> En relación con la conexidad entre los planos de la Validez, Eficacia y Legitimidad, ver especialmente la obra del profesor Mauricio García Villegas (2006, 2009).

## I. LAS SIRENAS DEL PODER.

### COMENTARIOS AL “ULISES” DE ELSTER

Después de la publicación de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls (1979), el ambiente académico global sufrió un viraje radical, en la medida en que gran parte de la producción filosófica se orientó a coadyuvar o criticar las tesis centrales expuestas por Rawls en su paradigmático libro<sup>10</sup>; en el interior de este contexto surge la que para muchos es entendida como el ala de izquierda posrawlsiana más importante de Inglaterra.

Jon Elster es hoy uno de los más brillantes miembros del llamado “Marxismo Analítico”; esta corriente de pensamiento filosófico, originalmente nacida en Oxford a fines de la década de los setenta<sup>11</sup>, se constituyó rápidamente en una escuela en la que se dieron cita gran parte de los teóricos sociales que después de la caída del comunismo (1989) participaron activamente en el proceso de reestructuración de la Europa del Este.

El Marxismo Analítico nace a partir del grupo de trabajo denominado “Grupo de Septiembre”<sup>12</sup>, cuyos miembros se reunían anualmente a discutir sus propios trabajos y agendas de investigación alrededor de los estudios marxistas. Es el mismo Elster quien sugiere el nombre de Marxismo Analítico, pero es con el trabajo de Roemer (1986) con el que el Marxismo Analítico adquiere su identidad dentro de la comunidad académica global; Según Elster, quien describe al Marxismo Analítico simplemente como un “pensamiento claro”, el criterio fundamental o rector del grupo parece ser el no dogmatismo. En su concepto, *para saber si una persona puede o no ser caracterizada como un marxista analítico [debe verse] su disposición a abandonar las concepciones marxistas en caso de haber conflicto entre [tales concepciones] y un argumento empírico o lógico* (Elster, 1991, p. 15).

---

<sup>10</sup> Un interesante estudio que evalúa el impacto de Rawls en la literatura filosófica de la época puede verse en Gargarella (1999) y Mejía (2007).

<sup>11</sup> Exactamente, con la publicación de libro de G. A. Cohen sobre “teoría marxista de la Historia” (1978).

<sup>12</sup> Dentro del Grupo de Septiembre podríamos incluir a figuras como G. A. Cohen, P. Van Parijs, A. Przeworski y R. Van der Veen.

Para el sociólogo Eric Olin Wright (1994), otro miembro del Grupo de Septiembre, los rasgos metodológicos y teóricos que diferencian al Marxismo Analítico pueden ser: 1. Un compromiso con las normas científicas convencionales. 2. Una acentuada preocupación por la definición de conceptos y por resguardar la coherencia lógica de los distintos análisis que se llevan a cabo. 3. El explícito uso de modelos abstractos, en ocasiones altamente formalizados, como en teoría de los juegos, y otras veces algo menos formalizados, como en los modelos causales, y 4. La importancia otorgada a las acciones intencionales de los individuos, tanto en las teorías explicativas como en las normativas (Gargarella, 1995, p. 232). En ese orden de ideas, es dentro de este ambiente académico, profundamente influenciado por la *Teoría de la Justicia* de John Rawls y los trabajos en relación con la acción comunicativa ideal y la verdad consensual, en el que debemos ubicar los aportes de la teoría de Jon Elster, la cual

partirá del análisis de la noción de racionalidad para poder estudiar la conducta humana, los deseos y las creencias irracionales. De acuerdo con estas premisas, Elster sentará las bases del núcleo del proceso político en una prospección pública y racional del bien común, y no en el acto aislado de participar en la vida pública con preferencias privadas (Llano, 2009, pp. 885-886).

En palabras de Elster (1983), su agenda política debe ser entendida como un proceso cuya finalidad última reside en

llegar a conseguir el consenso unánime y racional, y sin ningún compromiso entre intereses irreductiblemente opuestos entre sí. El foro no debe verse contaminado por los principios que regulan el mercado, como tampoco se debe confundir la comunicación con la negociación. Si se observan estos contrastes, es fácil identificar a los autores que tengo en mente (entre otros, a Rawls y Habermas) (pp. 55-56).

Elster considera que la política debe ser entendida como una actividad que procurando la eficiencia opte siempre por la elección más racional dentro de las posibles. En ese sentido, en su introducción a lo que denomina la teoría de la *racionalidad imperfecta* apela a una

metáfora bastante persuasiva pero a su vez paradójica: la figura del héroe homérico Ulises, quien opta por pedir a sus marineros que lo aten para no sucumbir frente al hechizo de los cantos de las sirenas<sup>13</sup>. Al respecto comenta Elster (1989):

Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación –ser débil, y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales (p. 66).

Utilizando la imagen de Ulises, el filósofo noruego nos recuerda cómo los hombres a menudo se precomprometen a sí mismos para resistir una determinada tentación y no sucumbir a ella cuando aparece. Por lo tanto, vemos cómo el reconocimiento de la frágil condición humana constituye el primer elemento en la construcción de una teoría de la racionalidad imperfecta, la cual no debe ser asociada de modo alguno con la irracionalidad<sup>14</sup>, ya que *incluso la persona más racional puede utilizar técnicas de autorrestricción para lograr más de lo que podría conseguir si lo hiciera de otros modo* (Elster, 2002, p. 311). Por lo tanto, vemos cómo la tesis que pretende defender el autor es la que entiende el atarse a sí mismo como un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios imperfectos (Elster, 1989, p. 67).

Elster asocia la idea de racionalidad en política con los conceptos de estabilidad y predecibilidad; entiende que la capacidad de predecir es

---

<sup>13</sup> El texto es mencionado en *La Odisea* de Homero; el pasaje al cual hace alusión Elster se encuentra ubicado en entre los versos 155 y 165 del canto XII: *Pero atadme con más fuertes lazos de pie y arrimado a la parte inferior del mástil para que me esté allí sin moverme. Y en el caso de que os ruegue o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía.*

<sup>14</sup> En este punto existe una corrección teórica por parte del mismo autor, quien en un gesto de honestidad intelectual rectifica la tesis defendida en Elster (1989), según la cual se establecía una relación entre la utilización del precompromiso con la irracionalidad. En relación con la opinión actual del autor, ver Elster (2002).

una condición necesaria para nuestro actuar presente, y su inexistencia produciría consecuencias funestas en el orden social; al respecto señala cómo

Las incertidumbres acerca de las decisiones futuras pueden deberse a dos fuentes distintas: la ley no puede ser *ambigua* (como en el antiguo derecho chino) o constantemente cambiante (como en el neomercantilismo contemporáneo). Muchos de los autores, desde Leibniz, han observado que los requerimientos formales de las leyes inequívocas y constantes son, en muchos aspectos, más importantes que la necesidad de leyes justas, porque si podemos predecir las decisiones del tribunal podemos tomar medidas precautorias que nos protejan de leyes injustas.

El autor reconoce cómo el imperio de la ley constituye la mejor forma de poner fin al despotismo, el cual, al igual que la democracia directa, descansa en el derecho de intervención en todos los dominios de desarrollo social, haciendo difusos los necesarios límites o restricciones que las democracias modernas imponen a las mayorías en beneficio de las minorías.

La democracia constitucional está fundada sobre un conjunto de instituciones estables que no pueden ser anuladas una vez establecidas. A este respecto, una idea fundamental es la función de la *asamblea constituyente*, que establece las reglas básicas que deberán seguir todas las generaciones posteriores. En realidad, solo la asamblea constituyente es un actor político, en el fuerte sentido de la *politique politisante*; todas las generaciones anteriores están restringidas a la *politique politisée* o la cotidiana puesta en vigor de las reglas fundamentales. La nación puede atarse “a sí misma” mediante la asamblea constituyente, confiando ciertos poderes de decisión a la rama judicial, requiriendo que las reglas básicas solo puedan ser cambiadas por una mayoría de dos tercios o tres cuartos, etc.

El argumento de Elster supone, evidentemente, una profunda paradoja, en la medida en que cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras. Esta contradicción o paradoja fundamental de la democracia constitucional supone un reflejo de la paradoja que cobija el núcleo del capitalismo, en la medida

en que cada capitalista, en últimas, busca bajar los salarios de sus trabajadores, lo que supondría grandes ganancias y, al mismo tiempo, busca que los trabajadores de otras empresas tengan salarios altos que le permita crear una mayor demanda para sus productos. Por tal razón, comenta Elster (1989), *cómo es posible para cualquier generación comerse el pastel y conservarlo, pero todas las demás generaciones no pueden alcanzar simultáneamente este objetivo* (p. 160).

Frente a esta paradoja solo nos quedaría afirmar que la estrategia de Ulises debe consistir en comprometer a las generaciones posteriores estableciendo un conjunto de cláusulas que impidan la libre reforma a lo estipulado por la asamblea constituyente, la cual, para permanecer como legítima ante las generaciones venideras debe proyectar el hecho de que dicha calidad excepcional y privilegiada (de redactar el texto constitucional) se produce en un momento histórico de radical importancia para la vida nacional –en Colombia, a pesar de la revisión de la historia que desde hace algunos años viene siendo metapolítica de Estado, es incuestionable la legitimidad del constituyente de 1991. Por lo tanto, se requiere tener presente en el imaginario colectivo las razones por las que hubo una generación que sufrió los traumas que le permitieron arrogarse el derecho de romper drásticamente con el pasado y libremente atar el futuro.

Parece interesante resaltar la forma en la que varios políticos y teóricos han considerado que la paradoja presentada se superaría estipulando la posibilidad de una asamblea constituyente periódica, de tal forma que cada quien una vez en su vida tuviese el privilegio de votar en los problemas centrales y básicos de la sociedad, en lugar de someterse bajo la tutela de generaciones pasadas (Sejersted, 1978)<sup>15</sup>. Elster les responde categóricamente de la siguiente forma:

Esta intención, aunque loable, parece albergar una contradicción irreductible. Supongamos, por ejemplo, que la asamblea constituyente ha determinado 1.) Que habrá asambleas constituyentes a intervalos de 30 años y 2.) Que los cambios de la constitución entre estas asam-

---

<sup>15</sup> Sugerida igualmente por un amplio sector de doctrinantes y columnistas colombianos con ocasión del referendo para el tercer mandato del expresidente Uribe Vélez.

bleas deberán contar con una mayoría de dos tercios. Esto nos lleva a preguntar qué mayoría la decidirá. Si la asamblea constituyente original estableciera el método de voto para asambleas ulteriores, esto significaría que después de todo sí era privilegiada. Y si las propias asambleas ulteriores decidirán la cuestión, inmediatamente caemos en una regresión infinita, pues ¿cómo se elegirá el método de votación? (además, queda la cuestión de si una asamblea ulterior podría suprimir el sistema de las asambleas periódicas).

En el libro *Ulises desatado* (2002) Elster modifica su soporte argumentativo, y ahora, basándose en la historia del noble ruso del siglo XIX, expuesta por Derek Parfit, ilustra, de forma aun más clara, la manera en que los individuos optan por poner limitaciones a su accionar presente, para de esta forma lograr alcanzar las metas propuestas y no dejarse llevar o seducir por las contingencias e inmediatismos. La historia es la de un rico noble que

se apresta a recibir una cuantiosa herencia representada en vastas posesiones de tierras, y quien se compromete consigo mismo –debido a sus ideales socialistas– a distribuir la totalidad de sus tierras entre los campesinos: Pero sabe que con el tiempo –dice Parfit– sus ideales pueden marchitarse. Para guardarse de esta posibilidad hace dos cosas. Primero, firma un documento legal, por el cual automáticamente donará la tierra, y que solamente podrá ser revocado con el consentimiento de su esposa. Dice entonces a su esposa: “Si alguna vez cambio de opinión y te pido que invalides el documento, prométeme que no lo consentirás”. Podría añadir: “considero que mis ideales son esenciales para mí. Si los perdiera, deseo que pienses que yo dejo de existir. Te pido que, en ese momento, veas a tu esposo no como yo, el hombre que te pide encarecidamente que hagas esta promesa, sino solo como su yo posterior. Prométeme que no harás lo que él te pida” (p. 68).

*Mutatis mutandi*<sup>16</sup>, las sociedades se imponen constituciones para mantener presente a lo largo de su desarrollo histórico los compromisos y

---

<sup>16</sup> Tomando lo esencial de la metáfora, en la medida en que no se puede hacer un tránsito conceptual sin problemas epistemológicos de las razones que tienen los individuos para autorrestringirse a las razones que tienen las sociedades como totalidad holística, es decir, como un todo más allá de la suma de los individuos que la componen. Sobre todo reconociendo el hecho de que –como diría el historiador noruego Jens Arup Seip–: “En política, la gente nunca trata de atarse a sí misma; sólo de atar a los demás” (Elster, 2002, p.11).

promesas realizadas en un momento determinado de su historia política, por lo que, más que ser un documento simplemente variante, debe ser un documento con vocación de continuidad y de constante actualización histórica, a través del cual la sociedad pueda cargar un “sello” o una “cicatriz” de lo que fue y en un momento juró no volver a ser. Para la consecución de este cometido, el control de constitucionalidad es tal vez la herramienta más sofisticada que buena parte de las sociedades contemporáneas han encontrado para atar al mástil a las mayorías. En los procesos constituyentes son ellas mismas las que deciden imponerse limitaciones y exigen a los jueces que no las desaten.

## II. EL OCASO DEL “IURA NOVIT CURIA”<sup>17</sup>.

### PROLEGÓMENOS AL *POPULAR CONSTITUTIONALISM*<sup>18</sup>

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, p. 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 (1998) afirmaría que tal discusión constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en Estados Unidos (p. 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 límite de la democracia. En virtud que –conforme a lo expuesto por Hans Kelsen en su debate con Schmitt acerca del defensor de la Constitución– 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

<sup>17</sup> *Solo la Curia* (Colegio de pretores) *conoce el derecho*.

<sup>18</sup> Algunas de las consideraciones expuestas en este aparte fueron presentadas como ponencia en la *Jornada de Teoría del Derecho* (Cartagena, 2009). Agradezco a mis compañeros de mesa: el profesor Kenneth Himma (Pacific Seattle University), Jorge Fabra (Universidad San Buenaventura), Carolina Guzmán (Tecnológico Confenalco) y Tatiana Díaz (Universidad de Cartagena) por sus comentarios a mi ponencia.

oponerse, por esta vía, en ultimo análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría”<sup>19</sup> (Rincón, 2008, pp. 119-120).

Sin embargo, el hecho de que en la actualidad los jueces, a partir del control judicial de las leyes o *judicial review* (Control de Constitucionalidad), como forma de poner límite al poder legislativo y reformativo del Congreso y del actuar del Ejecutivo, gocen del poder del que gozan 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 dentro del marco de una constitución republicana en el contexto anglosajón, del cual es originaria esta figura<sup>20</sup>, 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, p. 12).

Es en el 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 (1801-1085). El fallo más relevante dentro de esta polémica es el célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, redactado por el *Chief Justice* John Marshall,

---

<sup>19</sup> En relación con la normativa lectura kelseniana de la democracia, resulta iluminador el trabajo del profesor Rodolfo Arango (2007) en *Filosofía de la Democracia*.

<sup>20</sup> Me refiero al control judicial de las leyes o *judicial review* (Control de Constitucionalidad) como forma de poner límite al poder legislativo y reformativo del Congreso.

el cual fue proferido en el 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 en esa usurpación autoarrogada por Marshall que aún se mantiene activo el *judicial review* en Estados Unidos. Habría que aclarar que, tal como lo exponen Barrancos y Vedia (2004), *existen constancias del Judicial Review muy anteriores a "Marbury"* (p. 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, p. 11). Sin embargo, en los últimos cincuenta años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la "Dificultad Contramayoritaria" (García Mansilla, 2009: p. 11), 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.*, p. 11); en otras palabras, con *Dificultad 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 del 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 de 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 llegó 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, p. 83). Gargarella señala que la influencia radical inglesa llegó a 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 presentó 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 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 Penssylvania de 1776, sin duda alguna, el intento constitucional más radical 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 del cual encontramos juristas de la importancia de Larry Kramer<sup>21</sup>, Sanford Levinson<sup>22</sup>, Richard Parker<sup>23</sup>, Jeremy Waldron<sup>24</sup> y Mark Tushnet<sup>25</sup>, entre muchos otros.

Conforme a lo expuesto por Javier Rincón (2008), el *Constitucionalismo Popular* puede ser definido como

---

<sup>21</sup> Actual decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford. Fue “Law Clerk” del *Justice William Brennan*. Para una visión del autor respecto al Constitucionalismo Popular, ver: Kramer (2001) y especialmente (2004).

<sup>22</sup> Para su visión del Constitucionalismo Popular, ver especialmente: Levinson (1999).

<sup>23</sup> Para una visión del autor sobre el Constitucionalismo Popular, ver: Parker (1999).

<sup>24</sup> Profesor de Derecho en la Universidad de Oxford (heredero de la cátedra de H.L.A. Hart). En relación con la visión de Waldron acerca del Constitucionalismo Popular, consultar: 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 sus otros escritos han servido para plantear de forma seria y argumentada que aun desde una postura seriamente preocupada por la preservación de los derechos individuales era necesario resistirse el control judicial de las leyes. Ello es 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 conocedores 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, p. 2).

<sup>25</sup> Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, miembro de los *Critical Legal Studies* y fue “Law Clerk” del *Justice Thurgood Marshall*. Para conocer su visión sobre el Constitucionalismo Popular, ver especialmente (1999).

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 (p. 124).

Larry Kramer (2004) –uno de los teóricos más importantes del Constitucionalismo Popular– asocia el mismo 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 (p. 962).

Para Roberto Gargarella, quien es en Latinoamérica uno de los principales socializadores de las ideas del Constitucionalismo Popular, esta corriente jurídica podría compartir, a rasgos generales, una cierta *hostilidad* hacia el sistema judicial hoy existente, por considerar que debe adoptarse un arreglo institucional diferente, en el que, 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 palabras de Larry Kramer, en las que se evidencian 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 Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, se puede 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 dicho poder para que lo ejerza de forma soberana.

Una brillante *carta de navegación* para aproximarse a las tesis centrales del *Constitucionalismo Popular* la constituye la categorización que hace

Roberto Gargarella (2004) en sus comentarios a la sistemática obra de Larry Kramer (2004), *The People Themselves*; para este autor argentino, el *Constitucionalismo Popular* defiende una serie de criterios comunes, entre los cuales podemos encontrar principalmente (pp. 1-5):

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

Cuestiona 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* (Gargarella, 2009, p. 1). Opinión respalda por Kramer (2004) al afirmar que “tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo americano les asignó a los ciudadanos comunes un rol central en la tarea de implementar su Constitución,” dejando la “autoridad interpretativa final” en el propio pueblo.

Ahora bien, habría que aclarar que

(A) sí 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, p. 2).

- ***Ir en contra de una “sensibilidad antipopular”***

Consiste en una percepción difundida entre quienes defienden la supremacía judicial, consistente en una especie de autoridad moral de unos pocos sobre los muchos. Robert Unger (1996) resumió adecuadamente esta visión al sostener que el *pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea* está dado por su *disconformidad con la democracia* (p. 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 contramayoritarios; 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 (pp. 152-153).

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

El profesor Stanford Levinson se ocupó de mostrar de qué modo, en relación con el debate sobre la supremacía judicial para interpretar la Constitución, se revela la oposición entre dos cosmovisiones, a las que célebremente denominó 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 la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos, y el Constitucionalismo Popular está llamado a 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, p. 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, que 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 *esta 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” (Gargarella, 2009, p. 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 de 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, p. 5).

Por otra parte, según comenta el profesor de la Universidad Javeriana Javier Rincón Salcedo (2008), 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 (p. 125).

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 fuentes 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 una abolición del *judicial review*, mientras que para otros, por el contrario, se trata de una relación dialógica entre tribunal y opinión pública. Veamos esto a partir de la categorización realizada por los profesores señalados:

- ***Robust Popular Constitutionalism.*** Según esta posición, la voluntad popular es la única 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 más 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.*** Dentro de esta corriente, al pueblo le corresponde sencillamente “anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus interpretes institucionales” (Rincón, 2008, p. 126).
  
- ***Trivial Popular Constitutionalism.*** Dentro 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 *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 que pueda ser considerada aceptada, debe ser objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo (Rincón, 2008, p. 126).
  
- ***Expresive Popular Constitutionalism.*** Dentro de esta lectura del *Constitucionalismo Popular* se valora 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 de la opinión pública, y a partir de ésta construir la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

Vemos cómo el Constitucionalismo Popular pretende, en últimas, 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 cuasirreligioso 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, éste no puede acceder 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*.

### III. LA SOCIEDAD ABIERTA A LOS INTÉRPRETES:

#### PETER HÄBERLE Y LA CONSTITUCIÓN COMO CULTURA

En la academia jurídica alemana, el nombre de Peter Häberle es, sin duda alguna, uno de los más conocidos e importantes. Para muchos es de los pensadores alemanes vivos con mayores contribuciones al pensamiento jurídico moderno.

Para ubicar a Häberle dentro de la tradición alemana es necesario tener en cuenta sus "linajes" intelectuales; en ese sentido, vale afirmar que es heredero de la tradición que desarrollaría Rudolf Smed, luego continuaría con Konrad Hesse, hasta llegar al profesor Häberle, quien, sin duda, al desarrollarla le dará un tinte cultural especial. Pero en su pensamiento jurídico no solo confluye la tradición alemana de Smed y Hesse, sino que también se nutre del pensamiento constitucional de Herman Heller; en palabras del propio Häberle, su deuda con Heller consiste en *el planto científico, la profunda comprensión del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo una teoría científico-cultural de la Constitución* (Valadés, 2001, p.xxiii). En igual sentido, tampoco puede sobrestimarse la influencia que tuvo la importante teoría de Heller en relación con los conceptos de Normalidad y Norma; en ese sentido, Häberle comenta: *Así como no puede estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco puede serlo la normalidad y normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de Constitución*. Dentro de esta realidad del ser (normalidad) se incluyen factores de tipo culturales a los Häberle prestaría gran atención, y con base en los cuales desarrollaría su teoría de la Interpretación constitucional.

Häberle tiene el mérito de haber nutrido la teoría constitucional con teorías sistemáticas, en las que se da cabida a elementos o categorías innovadoras y de gran utilidad analítica; al entender la Constitución como una ciencia cultural, introduce las particularidades históricamente construida por los pueblos a los cuales las constituciones regulan; de

lo que se desprende que el discurso constitucional es siempre –necesariamente– un discurso históricamente condicionado; este es su otro gran aporte: adopta la categoría de Tiempo como forma o medio para entender el fenómeno constitucional. Al respecto afirma: *el Estado constitucional vive en el “curso del tiempo” para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio* (Häberle, 2001, p. 49). El profesor Diego Valadés (2001) entiende que en la teoría de Häberle, Constitución se traduce en un doble proceso cultural:

Por una parte, el de naturaleza temporal, y por otra, de naturaleza espacial. En el temporal hay una dualidad (el diacrónico –resulta de la experiencia histórica, y el sincrónico– que corresponde al proceso constituyente), y el espacial, en el que se identifican los elementos que diferentes actos constituyentes han aportado al Estado Constitucional de nuestro tiempo (referencias comunes que han sido incorporadas selectivamente por diferentes sociedades) (p. xxvii).

La particular relevancia de la teoría cultural de la Constitución<sup>26</sup> estriba en el hecho de que ésta supone un mayor grado de seguridad para la norma suprema y, por tanto, para el Estado. Si de la abstracción pasamos a la concreción, veremos que todo esto no quiere decir otra cosa que *convertir las convicciones de libertad, dignidad, seguridad, justicia y equidad que sustenta una comunidad, en conducta y norma de garantía a la vez* (Valadés, 2001, p. xxviii).

El punto de partida de una ciencia cultural de la Constitución debe siempre ser el de cultura en su sentido amplio o lo más abierto posible, pluralista y relacionado con las categorías –permeables entre sí– de la *alta cultura*, de la *cultura popular*, especialmente viva en nuestros contextos, y de las culturas alternativas o subculturas.

Este concepto de ciencia de la cultura lleva consigo el captar lo que está en la profundidad, “detrás” de los textos normativos; la regla jurídica es solo *una* dimensión. De este modo, se puede actualizar esta dimensión histórica, por ejemplo, la memoria cultural colectiva de un

---

<sup>26</sup> En relación con la teoría cultural de la Constitución, ver especialmente: Häberle (2002a y 2006).

pueblo, al igual que sus “conquistas”, traumas y heridas (...) De la “historia constitucional” procede una parte de la identidad (patriotismo constitucional). Esta tampoco se ha creado mediante descripciones, textos, instituciones y procedimientos simplemente jurídicos (Häberle, 2006, p. 95).

En ese orden de ideas, vemos que la Constitución, lejos de ser solo un texto jurídico o *regla normativa*, constituye una verdadera expresión de un estado de desarrollo cultural, y especialmente un medio para la auto(re)presentación cultural del pueblo, *espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas*; estamos, por lo tanto, frente a constituciones vivas y dinámicas, que entran a configurar nuestros “imaginarios colectivos” (Castoriadis); *esto está expresado de la más bella forma por la imagen de Goethe –activada por H. Heller–, según la cual la constitución sería “forma acuñada, que se desarrolla de forma viva”* (Häberle, 2006, p. 95).

Häberle, en su ensayo titulado “La Sociedad Abierta a los Intérpretes Constitucionales” (2002b), escrita originalmente en 1975, y publicada en español en la colección de Temas de Derecho Público, dirigida por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta (Universidad Externado de Colombia), traza los principales pilares argumentativos de la forma en la que entiende el proceso de definición de sentido y alcance al texto constitucional, naturalmente, en sintonía directa con su perspectiva culturalista<sup>27</sup>. Lo que Häberle (2002b) tratará de responder es la pregunta en relación con quiénes deben tomar parte en la interpretación constitucional (p. 111), y la importancia de tal pregunta consiste en que sobre quienes recaiga tal capacidad serán quienes logren imponer su visión o lectura de la realidad constitucional sobre la totalidad social; razón por la cual Häberle (2002b) considera que dentro del Estado Constitucional el principio democrático permite suponer que *¡No existe un numerus clausus de Intérpretes de la Constitución!* (p. 112); en ese sentido, critica el hecho de que hasta el momento la interpretación de la Constitución ha sido un asunto de la sociedad cerrada –tomando la célebre categorización sugerida por

---

<sup>27</sup> No confundir con las corrientes culturalistas o estudios culturales; éstos son de corte filosófico posmoderno y hacen referencia a cuestiones radicalmente distintas (ver pie de página 30).

Isaías Berlín-, en la cual la interpretación de la norma de normas es un asunto gremial, en la medida en que es estrictamente limitado a las realidades que entran a jugar en el proceso constitucional formal. Por lo tanto, es necesario abrir a la sociedad a sus intérpretes convocando las opiniones y realidades de los ciudadanos del común, grupos civiles, órganos estatales y opinión pública en general, en la medida en que, como experimentadores del derecho, son también “fuerza productiva interpretadora”; de lo que se trata, si se quiere, es de una

Democratización de la interpretación constitucional, de cómo la teoría de la interpretación tiene ante todo que asegurarse en forma teórico-democrática y viceversa. No existe interpretación alguna de la Constitución sin la mencionada participación del ciudadano activo y de las potencialidades públicas.

Todo el que viva en y con las circunstancias de hecho reguladas por la norma es intérprete indirecto y, dado el caso, también intérprete directo de la norma. El destinatario de las normas toma parte del suceso de interpretación con mayor intensidad de lo que de ordinario se admite. Puesto que no son sólo los intérpretes constitucionales los que viven las normas, no son ellos los únicos intérpretes, ni siquiera los más importantes (Häberle, 2002b, pp. 113-114).

Por lo tanto, la propuesta de Häberle apunta a dos objetivos complementarios: transformar la interpretación constitucional en un supuesto del orden democrático y participativo e identificar la interpretación constitucional como un elemento más de la cultura en concreto. Dichos objetivos complementarios implican dos requisitos: la estabilidad de la norma (decisión política) y la adhesión a ella por parte de la comunidad política (fenómeno cultural). *Sin estabilidad y adhesión la interpretación es imposible. De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la interpretación abierta solo es posible en el Estado Constitucional* (Valadés, 2001, p. xxxiv); todo se articula, de esta forma, como un gran rompecabezas; estamos frente a las piezas de una gran teoría constitucional.

La teoría häberliana se nos muestra como un completo sistema de articulación que permite construir nuevos y más fuertes vasos comunicantes entre derecho y sociedad, y por tanto, ayuda a profundizar los valores democráticos; en su teoría también se cobijan las posibles

fluctuaciones constitucionales; éstas se encuentran relacionadas con cambios formales, pero, de igual forma, con procesos interpretativos. En ese orden de ideas, en el proceso encaminado a fijar los contenidos de la norma constitucional, los intérpretes –actores– constitucionales juegan un papel protagónico, en tanto que la interpretación no es solo un medio para interiorizar lo interpretado, sino también para modificar aquello que se interpreta; mientras que hayan criterios hermenéuticos generalizados (producto de vivencias colectivas, tales como la experiencia colombiana en 1991), la cohesión social y la identidad cultural perdurarán, pero en la medida en que se generen contrastes o contradicciones, podrá inocularse una tendencia eruptiva que solo podrá eludirse o superarse precisamente en virtud de la presencia de valores culturales que por su naturaleza poseen una gran fuerza cohesiva dentro del tejido social. La teoría de Häberle termina, de esta forma, con un diseño institucional que él denomina *interaccionismo institucional*, que hace parte del último conjunto de piezas –ingeniería constitucional– de completo rompecabezas que este brillante jurista edifica sobre la idea del Estado constitucional.

## CONCLUSIONES

Vemos cómo dentro de cada una de las tradiciones o familias jurídicas<sup>28</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 apolítica<sup>29</sup>; en este proceso, la interpretación se nos muestra como la clave

---

<sup>28</sup> En relación con el concepto de *familia jurídica*, ver los trabajos de Diego López Medina acerca del problema de los trasplantes jurídicos (2004 y 2009).

<sup>29</sup> Uno de las mayores críticas al derecho constitucional positivista –heredero de la tradición alemana de la “*Staatslehre*” (Laband, Jellinek y Kelsen)– dentro 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 antiideológica, 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

para 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>30</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 los que existan mayores traumatismos constitucionales resulta risorio sostener la idea de una democracia estable, y por lo tanto, con razón apunta el maestro Yesid Carrillo de la Rosa (2005), parafraseando al constituyente francés: *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* (p. 101).

## REFERENCIAS

- Alexander, L. & Solum, L. (2005). Book Review: Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, 118.
- Arango, R. (Ed.) (2007). *Filosofía de la Democracia*. Bogotá: UniAndes-Siglo del Hombre.
- Barrancos & Vedia, F. (2004). Legitimidad del Control Judicial de Constitucionalidad. En *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Buenos Aires.

---

mecanismos que sirven para fortalecer la opinión propia que no se sostiene exclusivamente sobre la validez de la mera opinión política o ideológica (lo subjetivo y móvil), sino que ahora cuenta con el respaldo aumentado de lo que el derecho ordena (lo objetivo y fijo)” (López, 1999, p. 36).

<sup>30</sup> 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.

- Castro-Gómez, S. (2005). *La Hybris del Punto Cero. Ciencia, Raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.
- Castro-Gómez, S. & Mendieta, E. (Eds.) (1998). *Teorías sin Disciplina. Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate*. México: University of San Francisco-Porrúa.
- Castro-Gómez, S. Guardiola, O. & De Benavides, C. (Eds.). (1999). *Pensar (en) los Intersticios. Teoría y Práctica de la Crítica Poscolonial*. Bogotá: CEJA.
- Carrillo De La Rosa, Y. (2005). La Democracia Constitucional y el Control Racional al Ejercicio del Poder (Aproximación al caso colombiano). *Revista Cultural UniLibre*, año 3, 4, 76-101.
- Cohen, G. (1978). *Karl Marx's Theory of History: A defense*. Londres: Princeton University Press.
- Chakrabarty, D. (2008). La Historia Subalterna como pensamiento político. En S. MEZZANDRA (comp.), *Estudios Poscoloniales. Ensayos Fundamentales*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Chakravorty, G. (2008). Estudios de la Subalteridad. Reconstruyendo la Historiografía. En S. Mezzandra (comp.), *Estudios Poscoloniales. Ensayos Fundamentales*.
- Dussel, E. (1994). *Metáforas Teológicas de Marx*. Estella (Navarra): Verbo Divino.
- Dussel, E. (1992). *1492: El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del mito de la Modernidad*. Madrid: Nueva Utopía.
- Dussel, E. (1998). *La Ética de la Liberación ante el debate de Apel, Taylor y Vattimo con respuesta crítica*.
- Elster, J. (1983). *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*. Cambridge: Maison des Sciences de l'Homme-Cambridge University Press.
- Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Elster, J. (1991). Entrevista de Esther Hamburger. En *Novos Estudos*, 31. Sao Paulo: CEBRAP.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado*. Barcelona: Gedisa.
- de K.-O. Apel*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Friedman, B. (1998). The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review*, t. 73.
- 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.
- García Villegas, M. (2009). *Normas de Papel*. Bogotá: Dejusticia-Siglo del Hombre.
- García Villegas, M. (2006). Justicia, Mercado y Democracia. En M. García Villegas, R. Uprimny & C. Rodríguez, *Justicia para todos*. Bogota: Norma.

- García Villegas, M. & Santos, B. (2004). *El Calidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Universidad de Coimbra.
- Gargarella, R. (1995). Qué es el Marxismo Analítico. *Revista DOXA*, 17-18, 231-255, Universidad de Alicante (España).
- Gargarella, R. (1996). *Justicia Frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (2009). *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer*. (Versión facilitada por el autor).
- Gargarella, R. Acerca de Barry Friedman y el Constitucionalismo Popular Mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 123, 167.
- Guardiola, O. (2003). "Historia de un Asesinato por Ocurred, contado a la manera de una novela policíaca". Dallas (Texas): LASA. Paper delivered on March 27.
- Guardiola, O. (2004). El Porvenir de una Ilusión sobre el futuro del Derecho, desde la perspectiva de la Teoría Jurídica. *Revista Universitas*, 108, 711-732. Pontificia Universidad Javeriana.
- Guardiola, O. (2006). Famous Last Words: Constitucionalismo Popular y el lugar de la verdad en política y derecho. En R. Sanín (coord.), *Justicia Constitucional*. Bogotá: Legis.
- Guardiola, O. (2008). Tiempo de Excepción: El extraño retorno de la religión en política. *Isegoria*, Revista de Filosofía moral y Política, 39, 227-237.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Häberle, P. (2002a). Constitución como Cultura. En P. Häberle, *Constitución como Cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- Häberle, P. (2002b). La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales. En P. Häberle, *Constitución como Cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- Häberle, P. (2006). Aspectos Constitucionales de la Identidad cultural. *Revista Derecho y Libertades*, 14, 89-102.
- Hoyos, G. (1998) Epílogo. En A. Cortina & J. Conill, *Democracia participativa y Sociedad Civil. Una ética empresarial*. Bogotá: Fundación Social-Siglo del Hombre.
- Julio, A. (coord.). (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kramer, L. (2001). "The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court," 115 *Harvard University Press*.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press.

- Levinas, E. (1977). *Totalidad e Infinito*. Salamanca: Sígueme.
- Levinson, S. (1999). Constitutional Populism: Is It Time for 'We the People' to Demand an Article Five Convention, *Widener Law Symposium Journal* 211.
- López Medina, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho* (3ª reimp.). Bogotá: Legis.
- López Medina, D. (2006). *El Derecho de los Jueces* (4ª reimp., 2ª ed.). Bogotá: Legis.
- López Medina, D. (2009). ¿Por qué Hablar de una Teoría Impura del Derecho para América Latina? En D. Bonilla (Ed.), *Teoría del Derecho y Trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Llano, F. (2009). El Procedimentalismo no formalista de Jon Elster y su proyección en el debate teórico e iusfilosófico contemporáneo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 125, 881-930.
- Mignolo, W. (1995). *The Darker side of Renaissance*. Michigan: University of Michigan Press.
- Mignolo, W. (2000). *Local Histories/Global Designs*. Princeton: University of Princeton Press.
- Mignolo, W. (Ed.). (2001). *Capitalismo y Geopolítica del Conocimiento*. Buenos Aires: Ediciones del Signo-Duke University.
- Múnera, A. (2005). *Fronteras Imaginadas*. Bogotá: Planeta.
- Olin Wright, E. (1994). *Interrogating Inequality. Essays on class analysis, Socialism and Marxism*. Londres: Verso Press.
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad/racionalidad. En H. Bonilla (comp.), *Los conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas*. Quito: Libri Mundi, Tercer Mundo.
- Rincon S., J. La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular. *Revista Vniversitas*, 115 (2).
- Roemer, J. (Ed.) (1986). *Analytical Marxism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sanín, R. (2009a). *Democracia en tu cara (Democracy in your Face)*. Versión facilitada por el autor.
- Sanín, R. (2009b). Rescatando la Democracia del Liberalismo. Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.
- Sanín, R. (coord.). (2006). *Justicia Constitucional*. Bogotá: Legis.
- Sunstein, C. (1996). Presentación. En R. Gargarella, *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.

- Valadés, D. (2001). Estudio Introductorio. En P. Haberle, *El Estado Constitucional*. México: UNAM.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Walsh, C. (Ed.) (2003). *Estudios culturales latinoamericanos. Retos desde y sobre la región andina*. Quito: Aby Yala/Universidad Andina Simón Bolívar.