

*Reseña*

García, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

*Juan Diego Dimaté<sup>1</sup>*

El sistema normativo colombiano se caracteriza en la actualidad por su progresiva constitucionalización desde la entrada en vigencia de la Carta de 1991. Muchas de las discusiones jurídicas se dan en términos de derechos fundamentales, precedentes constitucionales y *ratio decidendis*. Esta constitucionalización se refleja, por ejemplo, en la interacción (antes impensada) entre las ramas del poder público, como es el caso de las órdenes sobre estado de cosas inconstitucional, dadas principalmente a la rama ejecutiva. Otra forma específica de interacción, pero con respecto a la rama legislativa del poder público, es la regulación del procedimiento parlamentario colombiano, por medio de la jurisprudencia de su Corte Constitucional. La justificación de esta interacción (o intervención) según la jurisprudencia de dicho tribunal es que los principios, derechos y garantías de las cartas de derechos en la Constitución implican una posición activa por parte de quienes están facultados para defenderla. Encontramos así la combinación entre dos temas claves en el constitucionalismo latinoamericano actual: el del modelo de democracia más deseable para nuestra sociedad y la defensa de los valores del Nuevo constitucionalismo, caracterizado por la protección de derechos positivos y no solo negativos, un tribunal constitucional como actor político clave en la sociedad, la protección a las minorías, entre otras características.

En su más reciente libro, Fernando García<sup>2</sup>, autor colombiano que se perfila como uno de los más prometedores teóricos del derecho y constitucionalistas nacionales, combina a partir de la jurisprudencia de la

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho y Filosofía de la Universidad de los Andes. Quisiera dedicar este pequeño escrito a la memoria de Pedro Pablo Chávez.

<sup>2</sup> Profesor de la Universidad Eafit. Abogado, mágister en humanidades, estudiante de posgrado en la Università Degli Studi di Genova, Italia. Ha colaborado como coautor y coeditor en obras como *El canon neoconstitucional* (junto a Miguel Carbonell). Igualmente tradujo al español *Constitucionalismo democrático* (Post & Siegel, 2006). Columnista de *Ámbito Jurídico*.

Corte Constitucional colombiana los temas antes planteados: Nuevo Constitucionalismo y modelo normativo de la democracia. La obra, a pesar de su extensión, puede ser resumida en la siguiente tesis central: la implementación efectiva de los principios del neoconstitucionalismo y de la teoría deliberativa de la democracia permiten solucionar dos de las principales dificultades de las sociedades latinoamericanas, estas son, la falta de legitimidad del derecho (constitucional), y la disociación entre el derecho y la realidad. Su implementación no es lejana, sino que la Corte Constitucional colombiana, por medio de una reiterada jurisprudencia, ha defendido los valores y principios tanto del neoconstitucionalismo como del deliberativismo. Como lo anterior lo indica, su texto se enmarca dentro de estas dos áreas del conocimiento: la teoría constitucional y la filosofía política. Su narrativa, además, combina postulados normativos y descriptivos. Nos indica, por un lado, que los valores defendidos por el neoconstitucionalismo y el deliberativismo son los mejores y más deseables para nuestra sociedad, pero nos demuestra con ejemplos concretos que estos ya están siendo materializados por medio de figuras jurídicas como el estado de cosas inconstitucional o la declaración de inconstitucionalidad de leyes que no cumplan con unos requisitos mínimos de deliberación.

En esta reseña enmarcaré los aportes teóricos y novedades que presenta la propuesta de García respecto a la literatura actual sobre los temas del libro. Luego haré un resumen de sus principales argumentos y la forma como está organizado el libro. Finalmente presentaré algunos puntos para futuras discusiones que se abren a partir de su obra.

\*\*\*

Para empezar, quisiera presentar los aportes del libro de García para la literatura en las áreas sobre las que trata su libro. Por un lado, el autor se sitúa en un momento de madurez de lo que él mismo llama el Nuevo Derecho. Sus postulados en Colombia ya llevan siendo llevados a la práctica por casi treinta años, lo que permite examinar desde una perspectiva más sosegada y crítica su funcionamiento y puntos de partida. Pero sobretodo su libro es significativo dentro de la teoría constitucional porque introduce modelos normativos que no han sido estudiados a profundidad en Colombia, como son la teoría deliberativa de la democracia y el constitucionalismo democrático. Quisiera resaltar también los siguientes puntos:

*Aportes del neoconstitucionalismo colombiano al canon transnacional.*

García presenta quizás uno de las elaboraciones más completas sobre los principales valores y principios que defiende el neoconstitucionalismo. Su

obra, que se basa en gran parte en el libro *El canon neoconstitucional* (Carbonell & García, 2010), da los fundamentos históricos y teóricos sobre los que se ha construido el comúnmente llamado Nuevo Derecho. Igualmente, no se limita únicamente a la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional, sino que da un papel central no solo a doctrina internacional, sino a los trabajos de académicos nacionales que se han posesionado como vanguardia en la teoría jurídica latinoamericana, por ejemplo, obras como *Teoría impura del derecho* (López Medina, 2005). Además, el trabajo de García reivindica la importancia del tribunal constitucional colombiano como uno de los más importantes tribunales del mundo (inclusive el más poderoso<sup>3</sup>), y la influencia del mismo para otros tribunales de la región. Podría complementarse su obra con recientes trabajos como *Constitucionalismo del Sur Global* (Bonilla, 2015) que desde una perspectiva comparada muestra cómo los tribunales de Sudáfrica, India y Colombia se han posicionado como verdaderas fuentes de prácticas jurisprudenciales en el canon transnacional.

*Teoría deliberativa de la democracia en Colombia.*

El autor presenta, además de las líneas jurisprudenciales sobre el estado de cosas inconstitucional, un recuento de la jurisprudencia sobre la causal de inexecutable por elusión deliberativa. Antes de hacerlo, nos presenta un recuento juicioso de los autores fundamentales que constituyen ese modelo. El aporte de García a la literatura sobre el tema es inaugurar el estudio de este modelo desde la teoría jurídica, y la relación que hay entre esta y el neoconstitucionalismo. El estudio de este modelo normativo de la democracia, al menos desde academia legal, es nuevo y solo trabajos como los de Celemin (2015) han buscado estudiarlo en el país.

*Introducción en Colombia del constitucionalismo democrático.*

Sin duda este es el aporte más interesante que hace García a la teoría constitucional colombiana. El autor nos presenta lo que recientemente han elaborado autores estadounidenses como Robert Post, Reva Siegel o Mark Tushnet. Según esta, en la construcción del significado conjunto de la Constitución es esencial el papel que deben desempeñar las instituciones del poder público y las organizaciones ciudadanas. Este ideal se contrapone a la ya bien arraigada noción del elitismo judicial con que se decide el significado de la Carta (nueve magistrados sentados decidiendo sobre temas de suma importancia para la vida de la *polis*). Si bien académicos

---

<sup>3</sup> Según David Landau la Corte Constitucional colombiana se ha posicionado en el mundo como el tribunal más poderoso y fuerte del mundo, inclusive por encima de la Corte Suprema en Estados Unidos. Ver Landau (2010).

como Jorge González han traducido y estudiado recientemente la que podría llamarse la teoría predecesora del constitucionalismo democrático, el constitucionalismo popular (2011), García en su obra nos presenta un estudio detallado de aquella, después de haber traducido por primera vez al español la de Post y Siegel sobre esta teoría (2013). Teniendo estas tres literaturas en mente, es preciso ahora abordar los principales argumentos de Gaviria.

\*\*\*

A pesar de sus seis capítulos, el libro puede dividirse temáticamente en tres partes más grandes. En primer lugar, los dos primeros capítulos buscan darle fundamento histórico y teórico al neoconstitucionalismo. En segundo lugar, Los capítulos tercero y cuarto se preguntan acerca de la legitimidad del derecho (constitucional): el capítulo tercero se ocupa del constitucionalismo democrático y la construcción conjunta del significado de la Constitución, y el cuarto sobre el acercamiento entre entre normas y realidad por medio del Estado de cosas inconstitucional. Finalmente, los capítulos quinto y sexto se ocupan de la teoría deliberativa de la democracia (cap. V) y la defensa que la Corte Constitucional ha hecho de ésta (cap. VI). A continuación, trataré de resumir los principales argumentos de cada una de estas divisiones temáticas que trae el libro.

**I. El neoconstitucionalismo en Colombia: ampliación de la carta de derechos; prácticas jurisprudenciales novedosas y desarrollos doctrinarios.**

Los primeros dos capítulos del libro exponen uno de los intentos más completos y exhaustivos por definir y delimitar las principios y valores que defiende el nuevo constitucionalismo. Como se dijo al comienzo de este escrito, García puede ser ubicado en un punto de madurez del neoconstitucionalismo, donde después de casi treinta años de entrada en la región es posible ver desde otra perspectiva sus logros, retos y posibilidades. En el primero de los capítulos se presenta, desde una perspectiva histórica, tres momentos del nacimiento de esta teoría. Un primer momento, que inició con la caída del fascismo, exigió a los sistemas normativos de los países del eje repensarse. En específico, fueron Alemania, con su Ley Fundamental de Bonn en 1949, e Italia, con la promulgación de su primera constitución el 22 de diciembre de 1947 las que iniciaron este nuevo impulso. Estas dos constituciones, y particularmente la alemana, consagraron la supremacía casi absoluta de uno de los pilares centrales del nuevo constitucionalismo: el respeto e intangibilidad de la dignidad del ser humano.

Un segundo momento, que podría denominarse consolidación de la teoría en Europa, tuvo lugar en Portugal (Constitución de 1976) y España (Constitución de 1978), países que a finales de la segunda guerra mundial no habían logrado transitar a la democracia. Estas constituciones, guiadas por el ejemplo italiano y germano, consagraron un modelo que pretendió, a ojos del autor, el control a la acumulación excesiva de poder (elemento característico de los regímenes dictatoriales por los que ambos países habían pasado). Finalmente, un tercer momento es la llegada de estos modelos de constitución a los países latinoamericanos a partir de la década de 1980: Primero Brasil, en 1988; luego Colombia, en el 1991; Paraguay en 1992; Perú en 1993; Venezuela en 1999; Ecuador en 2008; y Bolivia, en 2008, que es uno de los casos más paradigmáticos del constitucionalismo local.

Ahora bien, respecto a Colombia, García hace diversas precisiones. Primero, para el autor, en lo que respecta a Colombia, el nuevo constitucionalismo no es *solo* producto de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que las cortes y los académicos han elaborado, a finales de los noventa. En cambio, García afirma que el neoconstitucionalismo colombiano tuvo su germen en la Asamblea Nacional Constituyente, donde se dieron las discusiones que permitieron plasmar los valores del neoconstitucionalismo que hoy en día siguen guiando los debates y los giros jurisprudenciales: sensibilidad por las minorías, pluralismo en lo ideológico e igualitario en lo social.

Elemento característico en las nuevas constituciones latinoamericanas es el de tratar de dar solución a problemas estructurales de pobreza, violencia y falta de legitimidad material del ordenamiento jurídico. En Colombia, la Carta de 1991 buscó enfrentar estos problemas, después de una trágica década de los ochenta, plasmando en su texto una ampliación considerable de la carta de derechos, con un valor normativo y no meramente programático. Estos, por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tienen un contenido “esencial” o un núcleo que de ser afectado se desnaturaliza, constituyendo un límite infranqueable a la actuación del Estado o, incluso, de los particulares. Además de la ampliación de derechos de contenido negativo (o clásicamente liberales), la nueva constitución y los desarrollos jurisprudenciales posteriores han ampliado el valor normativo de los derechos positivos o sociales, debido al evidente compromiso con un modelo ideológico de Estado social. Encontramos finalmente que el nuevo constitucionalismo se compromete explícitamente con unos valores morales, políticos e ideológicos claros (igualdad, pluralismo, libertad, solidaridad, dignidad del ser humano, entre otros). García Jaramillo nos presenta tres elementos novedosos que el nuevo constitucionalismo colombiano le ha aportado a lo que él llama

“neoconstitucionalismo transnacional”: ampliación de la carta de derechos fundamentales (no positivizados como tal en la Constitución) vía jurisprudencia; prácticas jurisprudenciales novedosas; y desarrollos doctrinarios novedosos.

Sobre las prácticas jurisprudenciales novedosas el autor se refiere a la modulación de sentencias y a las órdenes complejas dadas al ejecutivo en situaciones de masivas violaciones de derechos fundamentales. Este tema constituye uno de los principales capítulos del libro (capítulo IV), en donde el autor describe la doctrina del estado de cosas inconstitucionales. Este punto es fundamental en el libro de García pues defiende que la Corte Constitucional, si bien ha sido progresista y activista en sus decisiones, no ha constituido una sustitución a las otras ramas del poder público. Para él, la Corte en el cumplimiento de sus competencias, ha dado órdenes marco que son las necesarias para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El nuevo constitucionalismo colombiano se acerca así al balance correcto: no una sobreconstitucionalización, donde la Carta sea el “huevo jurídico originario” (Forsthoff), ni una infraconstitucionalización, donde ésta no tenga ningún tipo de fuerza vinculante (Alexy, 2003).

## **II. Recepción jurisprudencial de la teoría de la deliberativa de la democracia**

Como se dijo, dos son los grandes ejes teóricos de García en su presentación del Constitucionalismo Deliberativo: el nuevo constitucionalismo y la teoría deliberativa de la democracia. Esta última es la parte más novedosa de su libro, pues presenta el desarrollo doctrinario que desde sus orígenes tuvo en Estados Unidos, sus principales defensas y la recepción que la Corte ha establecido en la causalidad de inexequibilidad por elusión deliberativa en el procedimiento legislativo. Sobre estos temas tratan sus dos últimos capítulos.

En el capítulo quinto García nos presenta de forma completa la valores y principios que defiende el modelo, repasando la literatura proveniente principalmente de Estados Unidos. El modelo deliberativo de la democracia nace como respuesta al comunitarismo – cercanos al socialismo y comunismo– y a los modelos meramente agregativos de la democracia, según los cuales la validez del procedimiento democrático se limita a la regla de mayorías y al respeto por las normas formales del mismo. Por medio de la democracia deliberativa se aboga por que todas las instancias de toma de decisiones que afecten a la comunidad se guíen por los principios de argumentación dialógica (Dryzeck, 1990; Habermas, 1992;), inclusión de las minorías (Young, 2000) y tolerancia (Gutman & Thompson, 2000). Igualmente aboga por el fomento de la

ciudadanía cívica, entendida como participativa y preocupada por la política (Skinner, 1990). Así, la teoría deliberativa de la democracia se acerca a concepciones republicanas de la filosofía política (Pettit, 1999).

La teoría deliberativa de la democracia permite, a su vez, no solo que el proceso de toma de decisiones públicas sea legítimo, sino también que permite también su autocorrección moral y la posibilidad de revisión constante por la ciudadanía (ver, al respecto, Nino, 1996).

La democracia deliberativa supone la participación incluyente de todos los sujetos de la sociedad, en un foro en el que sus voces sean escuchadas y tomadas en cuenta a la hora de tomar decisiones del estado. Pero, ¿cuál es ese foro? En primero momento el autor aclara que cualquier lugar de toma de decisiones debe guiarse por el principio de argumentación y diálogo que ya fue mencionado, pero no deja de enfatizar que el principal foro para que el modelo deliberativo sea llevado a cabo es el parlamento, una idea propia de los deliberativistas, y en particular de Cass Sunstein (2001). Entonces, ¿cuál es el papel que deberían jugar los tribunales constitucionales en una democracia deliberativa? De acuerdo con el “minimalismo judicial”, propuesto nuevamente por Sunstein (1999), su labor debe ser limitada, y su poder no debe ser no absoluto, como en la actualidad sucede, por ejemplo, en materia de interpretación constitucional. Acercándose al Constitucionalismo Democrático el autor sostiene que el papel de la ciudadanía, sin distinciones, es el de participar activamente en la interpretación de las constituciones contemporáneas; es decir, en la construcción del significado de las constituciones (Post & Siegel, 2006).

García defiende, en cierta medida, que esto es lo que ha hecho la Corte Constitucional colombiana con las audiencias públicas que realiza constantemente, por un lado, y con causal de inexiquibilidad de las normas por elusión deliberativa, por otro. De esta última realiza rigurosas líneas jurisprudenciales con los ocho principios invocados por la Corte para dar fundamento a dicha causal, los cuales, rápidamente reseñados, se pueden resumir como: i) principio de diferencia entre debate –o deliberación– y votación (el segundo *debe* estar antecedido por el primero); ii) principio de instrumentalidad de las formas (los procedimientos garantizan valores sustanciales); iii) principios de identidad, consecutividad y unidad de materia (que ataca los popularmente denominados “micos”); iv) publicidad de proyectos; v) principio de respeto por la mayorías reglamentarias; vi) principio de racionalidad deliberativa en la leyes tributarias (*no taxation without representation*); vii) elusión deliberativa por falta de consulta previa; viii) principio de relación entre amplitud deliberativa y acción legislativa.

En conclusión, García muestra en sus dos últimos capítulos que la Corte Constitucional colombiana ha defendido por medio de su jurisprudencia el ideal deliberativo de la democracia, no solo en su funcionamiento interno (abogando por un constitucionalismo democrático), en las llamas audiencias públicas, sino también en las subreglas que ha conformado sobre la causal de inexequibilidad por elusión deliberativa.

\*\*\*

Finalmente, quisiera hacer algunos apuntes a la discusión sobre algunos de los temas tratados en el libro.

En primer lugar, me pregunto sobre la incompatibilidad existente entre algunos de los postulados del neoconstitucionalismo y de la teoría deliberativa de la democracia. Específicamente, el desarrollo del nuevo constitucionalismo se ha caracterizado por un “elitismo” de temas jurisprudenciales tratados. O mejor, una sustracción de la esfera de discusión pública de temas trascendentales y sin duda delicados para la vida de la *polis* (piénsese en temas de reconocimiento a comunidades históricamente excluidas o derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por ejemplo). Hay razones de peso para que estos temas sean excluidos del foro político, como por ejemplo el hecho de que los derechos fundamentales, especialmente aquellos que protegen a las minorías, son esencialmente contramayoritarios. Si la democracia deliberativa aboga por el principio de racionalidad y argumentación en las discusiones entonces quizás estos temas no deberían ser sustraídos del foro. Las llamadas precondiciones de la democracia cada vez son más, gracias, en gran medida, al nuevo constitucionalismo<sup>4</sup>. Dicen que estos temas, por ser tan importantes, no deberían ser discutidos. Al contrario: por ser tan importantes deberían ser discutidos, en el marco de una diálogo racional, bien informado e inclusivo, como diría Gargarella (2016).

En segundo lugar, quisiera remitirme al hecho de que la jurisprudencia constitucional sobre elusión deliberativa, en respeto a la división de poderes, no da un contenido específico a las decisiones que el congreso toma. La jurisprudencia constitucional sobre este tema se limita a ordenarle al legislativo (so pena de inconstitucionalidad de la norma) que respeten las formas del procedimiento, pues estas garantizan principios superiores. No obstante, y en el debido reconocimiento que la Corte hace a la división de poderes, el respeto a estas formas no es garantía de un mejor

---

<sup>4</sup> Me refiero acá, por ejemplo, al tema del reciente plebiscito. Para Ferrajoli, uno de los autores canónicos del neoconstitucionalismo trasnacional, este tema no debió ser sometido a la voluntad popular.



contenido de las decisiones. Puede que se dé la oportunidad de ser escuchados a los posibles afectados, pero esto no garantiza que *verdaderamente* se les esté escuchando. El deliberativismo termina defendiendo una concepción procedimental de la democracia, y las formas, como se sabe, pueden ser llenados de cualquier contenido. Al final, las formas que defiende el deliberativismo son garantías de muy poco.

Lo anterior nos lleva al siguiente punto. Si bien en todo caso el propósito de García en su obra no es el de examinar estos temas, es importante abordar las relaciones entre el ideal normativo de la jurisprudencia constitucional sobre este tema y las reglas informales que existen detrás del procedimiento legislativo (Parker, 1985). En la literatura nacional, el trabajo doctoral de autoras como Celemín se acercan a este objetivo (2015). Quisiera finalmente mencionar un pequeño ejemplo sobre el siempre presente poder, parcializado, interesado y clientelista, detrás de las discusiones legislativas. Recientemente se eligió a un nuevo miembro de la Corte Constitucional Colombiana. De los tres candidatos ternados dos eran tenían mejores calidades objetivas que el tercero. Las subreglas jurisprudenciales sobre el ideal deliberativo de la democracia se respetaron: todos tuvieron la oportunidad de ser escuchados, la votación cumplió con los requisitos formales de *quórum* y votación. Finalmente, el candidato peor calificado para el puesto fue elegido. Siguiendo a Shapiro, quizás la deliberación no es tanto un proceso racional de intercambio de argumentos, sino un juego de intereses y poder (1999).

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales. Madrid: CEPC.

Bonilla, D. (2015). Constitucionalismo del sur global. Bogotá: Universidad de los Andes.

Belemin, Y. (2015). Democracia, control horizontal y procedimiento legislativo: un análisis del sistema jurídico colombiano (tesis inédita de doctorado). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

Dryzeck, J. (1990). *Discursive Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2016). En defensa de la participación democrática. *La nación*, recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1954475-en-defensa-de-la-participacion-ciudadana>.

González, J. (trad.) (2011). Constitucionalismo Popular. Bogotá: Universidad de los Andes.

Gutman, Amy, & Thompson, D. (2000). Why deliberative democracy is different. *Social Philosophy & Policy*, 17(1).

Habermas, J. (1992). Further Reflections on the public Sphere. En C. Craig, *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT University Press.

López Medina, D. (2005). Teoría impura del derecho. Bogotá: Legis.

Nino, C. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.

Parker, G. (1985). *Studies of Congress*. Washington: Congressional Quarterly.

Post, R. & Siegel, R. (2006). Originalism as a Political Practice: The right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, 75.

Shapiro, I. (1997). Enough of Deliberation. Politics is about Interest and Power. En J. Bohman, & W. Rehg, *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Democracy*. Cambridge : MIT University Press.

Skinner, Q. (1990). The Republican Ideal of Political Liberty. En G. Bock, *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sunstein, C. (2001). *Designing Democracy. What Constitutions do*. Oxford: Oxford University Press.

Sunstein, C. (1999). *One case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

Young, I. (2000). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.