

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Lascarro-Castellar, C. (2017). Propuesta para una periodización de los estudios constitucionales post 91 en Colombia. *Revista Jurídicas*, 14(1), 9-23. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.2.

Recibido el 09 de septiembre de 2016
Aprobado el 11 de diciembre de 2016

PROPUESTA PARA UNA PERIODIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST 91 EN COLOMBIA*

CARLOS LASCARRO-CASTELLAR** |

RESUMEN

El presente artículo da cuenta de un análisis detallado de los estudios constitucionales post 91 en Colombia; estructurándolos, de acuerdo a las distintas perspectivas y sus elementos característicos (autores, tesis centrales, referencias). Se mostrarán cuatro perspectivas: “influencia neoconstitucional”; “perspectivas críticas”; ‘tradicionalistas’ y ‘feminismo(s)’.

PALABRAS CLAVE: estudios constitucionales, feminismo(s), neoconstitucionalismo, perspectivas constitucionales, perspectivas críticas, perspectivas tradicionalistas.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “Propuesta para una periodización de los estudios constitucionales post-91 en Colombia”, adscrito al grupo de investigación “Perspectivas Jurídicas” (código COL0171379) de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo UNICIENCIA, sede Bogotá. Aprovecho la oportunidad para agradecer a los profesores Rosember Ariza, Andrés Abel, Diana Carrillo y a Rodrigo Uprimny por las sugerencias hechas, en su momento, a la idea de perspectivas constitucionales en Colombia.

** Máster en Derecho. Docente e investigador. Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo UNICIENCIA, sede Bogotá. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia. E-mail: luses99@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-9126-5167.



PROPOSAL FOR CONSTITUTIONAL STUDIES PERIODIZATION POST 91 IN COLOMBIA

ABSTRACT

The present work accounts for a detailed analysis of the constitutional studies post-91 in Colombia; structuring them in accordance with the different perspectives and its structural elements (authors, central theses, you index). Four perspectives will be shown: "Influence neoconstitutional"; "Critical perspectives"; 'Traditionalists' and 'Feminism(s)'.

KEY WORDS: constitutional studies, feminism(s), neoconstitutionalism, constitutional perspectives, critical, traditionalist.

INTRODUCCIÓN. PRECAUCIONES TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS

El presente artículo plantea como objetivo principal realizar una cartografía sobre los estudios constitucionales post 91 en Colombia. Por cartografía, debe entenderse a aquella apuesta teórica que busca establecer la existencia de perspectivas en un campo de estudio estableciendo sus elementos estructurales: líneas de trabajo; autores; puntos de partida; argumentos principales; referencias (de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo); períodos de estudio y textos más relevantes. Mediante la cartografía mostraremos que, y esa es nuestra hipótesis de trabajo, en Colombia existen cuatro perspectivas constitucionales identificables. La primera, que hemos denominado “perspectiva de influencia neoconstitucional”, se caracteriza por tres líneas de trabajo: teoría jurídica; sociología jurídica y estudios multiculturales. Estas líneas, a pesar de sus diferencias, comparten algunos elementos comunes por lo que se ubican en la misma perspectiva; elementos como: un claro matiz antiformalista; tomar como punto de partida el trabajo realizado por la Corte Constitucional, resaltando así el activismo judicial; un claro deslinde con las teorías positivistas; un fuerte énfasis en la interpretación constitucional y muchas otras. De igual forma mostraremos la existencia de otra perspectiva constitucional, desde una visión crítica, la cual busca cuestionar el modelo constitucional colombiano. Esta presenta cuatro líneas de trabajo: una cercana a la crítica jurídica; otra desde la filosofía; ciertos enfoques economicistas y algunos cuestionamientos desde el tradicionalismo. La tercera perspectiva, desde el ‘tradicionalismo’, presenta dos líneas de trabajo: la histórica y la estructural. Esta es la que, básicamente, constituye el ‘canon’ de estudios constitucionales más hegemónico y difundido en el país. La última perspectiva, la feminista, cuenta con una sola línea trabajo: el “progresismo jurisprudencial”.

Como se podrá advertir, abordar un ejercicio ‘cartográfico’ en el que se intente dar cuenta del estado actual de un campo de estudio —en este caso de los estudios constitucionales— determinando sus elementos característicos puede convertirse en un ejercicio arriesgado e incluso —en algunos casos— puede volverse arbitrario. En este sentido, estas precauciones teóricas y metodológicas, buscan evitar en la mayor medida posible la presencia de dichos elementos.

Así, por “perspectivas constitucionales”, entenderemos aquellas lecturas estructuradas de acuerdo a un conjunto de elementos característicos que —sobre el constitucionalismo— son realizadas por uno o varios autores. Una perspectiva denota una forma o visión particular de acercarse al estudio del constitucionalismo. Cada perspectiva, a su vez, se define a partir de un conjunto de “elementos característicos” que se encuentran en cada una de las líneas de trabajo.

Los autores principales, como su nombre lo indica, son aquellos teóricos que —desde diversos enfoques— se han encargado de realizar una lectura sobre el constitucionalismo. Algunos de estos autores provienen de disciplinas diferentes al derecho tales como la sociología, la filosofía, la economía, la historia o la ciencia política. De igual forma se caracterizan, algunos, además de su actividad intrauniversitaria, por una fuerte interacción con el medio social; así, varios de ellos han sido asesores en asambleas constituyentes y otros integrantes de movimientos sociales u organizaciones no gubernamentales. En cuanto al punto, o puntos de partida, cada lectura toma como inicio en su análisis un determinado momento histórico del constitucionalismo. Los argumentos principales hacen referencia a la tesis central de cada lectura. Las referencias, por su parte, como habíamos anunciado, pueden ser de tipo teórico, histórico, jurisprudencial o normativo. El período de estudio está constituido por el espacio temporal relativamente determinable o por el conjunto de teorías o autores que son estudiados en determinada lectura. El último de los elementos estructurales, los textos principales, hace referencia al reservorio bibliográfico de cada lectura.

Una aclaración final por realizar, tiene que ver con el hecho de que no se utilizará la categoría de ‘constitucionalistas’ sino la de “estudios constitucionales”. En la medida en que no se pretende estudiar algún autor en particular, sino a las diferentes perspectivas en la reflexión constitucional. Igualmente muchos autores estudiados no son constitucionalistas, pues su objeto de estudio es otro. En este caso se tomará, hasta donde sea posible, los elementos más importantes para el debate constitucional.

Así pues, a partir de 1991, en Colombia, se comienza a gestar una discusión que girará en torno a la capacidad de la carta constitucional —debido a sus innovaciones— de impulsar con la frecuente intervención de la Corte Constitucional un nuevo derecho con marcado carácter progresista. Por lo que aquellas discusiones que habían girado en gran parte de la segunda mitad del siglo XX, en torno a la recepción de la teoría pura del derecho y a la teoría positivista en general aunadas a versiones pesimistas del constitucionalismo donde las constituciones eran meras cartas de batallas para relegitimar clases sociales (Valencia, 1987), parecían perder hegemonía para dar paso a una renovación generacional que se abría, con múltiples resistencias, a los nuevos y prematuros tiempos de la interpretación en Colombia.

PERSPECTIVA DE INFLUENCIA NEOCONSTITUCIONAL

Este tipo de inclinaciones forman la primera perspectiva que podemos rastrear en los estudios constitucionales en Colombia. Esta perspectiva, la cual denominamos “perspectiva de influencia neoconstitucional”, se define a partir de ciertos rasgos característicos como lo son: su fuerte matiz antiformalista; su metodología de

estudio, que está fuertemente inspirada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; su punto de partida común, que consiste en mostrar la insuficiencia del modelo positivista; su énfasis en el progresismo y activismo judicial y su ‘obsesión’ por la interpretación constitucional.

A su vez, está formada por tres líneas de trabajo: una que proviene desde los estudios de teoría constitucional, otra desde la sociología del derecho y otra desde los estudios multiculturales. Además, presenta un elemento bastante peculiar: es un discurso que, a pesar de generar múltiples inconformidades teóricas y políticas, ha conseguido una hegemonía al menos relativamente estable. Veamos cada uno de esos patrones y la forma en cómo podemos ‘clasificarlos’, para así explorar la primera perspectiva.

Como ya habíamos señalado este enfoque pese a sus diferencias internas comparte algunos presupuestos comunes, particularmente comparte *una estrategia* por medio de la cual ha consolidado una hegemonía relativamente estable. Intentemos explicar cuál ha sido la estrategia para consolidar dicha hegemonía.

El primer paso de esta estrategia —que no fue nada más que una inspiración conceptual o recepción teórica de algunos de los principales debates sobre teoría jurídica que emergieron en Europa y en el mundo anglosajón auspiciados por autores como Hart, Dworkin, Nino, Alexy, Ferrajoli, Atienza, Guastini— consistió en mostrar al positivismo jurídico como el principal obstáculo (‘enemigo’) de la naciente Constitución de 1991. Uno de los principales postulados del neoconstitucionalismo colombiano fue el mostrar que el modelo de ciencia jurídica positivista, basado en los postulados de objetividad y neutralidad, era insuficiente para explicar la prematura y compleja realidad que el país vivía a principios de los años 90.

Como bien lo mostró Luis Villar Borda (1991), durante la segunda mitad del siglo XX, una gran porción del debate iusjurídico e iusfilosófico en América Latina (y en particular en Colombia) giró casi que exclusivamente en torno a los problemas fundamentales planteados por la *Teoría pura del derecho* del genio vienés. El paradigma kelseniano, precedido por el “hispano tradicional” y el neotomismo de la hegemonía conservadora, intentó mediante férreos desarrollos teóricos locales alentar los complejos procesos de cambio de la llamada República Liberal (1930-1946). En este sentido, el positivismo jurídico jugó un papel protagónico al momento de intentar desdibujar la metafísica y las concepciones iusnaturalistas; y, a pesar de ser acusado como fundamento de regímenes totalitarios principalmente del Nacionalsocialismo alemán, su ascenso y dispersión en Colombia a partir de los años 40 se hicieron de manera notoria. Fue tanto el entusiasmo que generó la llegada (teórica) de Kelsen que, incluso, se asoció como el momento que va a constituir la fundación de la filosofía jurídica moderna colombiana gracias a los trabajos de Nieto Arteta, Cayetano Betancur, Abel Naranjo y Rafael Carrillo (Jaramillo, 1999).

Dejando atrás este suceso, tenemos que decir que el “nuevo constitucionalismo” (Cepeda, 1994), en Colombia, propone las bases de un “desarrollo poskelseniano” (Mejía, 2011) que parecía dejar atrás la neutralidad y la objetividad para dar paso al problema de los conceptos esencialmente controvertidos plasmados en la Constitución. Es decir que la presencia de normas, con altas cargas ontológicas como derechos y principios, en la Constitución, hace que la moral emigre al derecho positivo y genere una fuerte indeterminación semántica. Sin embargo, la perspectiva de influencia neoconstitucional en la década de los 90, no logró consolidarse como tal. Si bien la generación de autores como Carlos Gaviria (desde la filosofía analítica del derecho, desde Hart por ejemplo), Luis Villar Borda (acercando al país, desde Kelsen, a la obra de Robert Alexy) y Darío Botero (quien, desde el marxismo y el estructuralismo foucaultiano, cuestionaba entre otras cosas al iuspositivismo kelseniano), lograron generar cierta consciencia sobre la necesidad de nuevos esquemas de concepción e interpretación jurídica, no obstante, no alcanzaron, por una parte, a afianzarse ni temática ni institucionalmente (Mejía, 2011); y tampoco eran, por otra, por sus vertientes de análisis confusas, teorías neoconstitucionales. Mientras que si lo fueron los trabajos que comenzaron a aparecer, con un abierto matiz antiformalista, desde la capital, especialmente desde la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional. Entre ellos cabe mencionar uno de los primeros análisis sobre justicia constitucional en Colombia: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin* de César Rodríguez (1997); asimismo, sobre la tesis de las respuestas correctas de Dworkin, tenemos el trabajo de Rodolfo Arango (1991): ¿Hay respuestas correctas en el derecho?

Esta perspectiva tuvo que esperar hasta casi finalizar los años 90, para hacer explícito su reclamo. Se afirmaba con fuerza, desde algunos sectores entusiastas de la academia, en ese momento, que “la teoría del derecho tiene que ser otra cosa” (López, 1999, p. 14) y que “los elementos para una crítica frontal a la teoría implícita del derecho están ya sobre la mesa” (López, 1999, p. 11). De esta forma, se hacía cada vez más evidente una reestructuración de paradigma mediante una nueva sensibilidad que traía consigo una “renovación generacional” ya no anclada en aquel paradigma kelseniano del ‘viejo’ constitucionalismo latinoamericano o en una concepción ideológica-belicista de las constituciones como meras “Cartas de batalla” (Valencia, 1987), ni tampoco como una Constitución hegemónica que solo es vista como un mero vehículo que permite, por vía jurídica, la instauración de la nueva presentación histórica del capitalismo: el neoliberalismo, donde el texto superior es una reforma constitucional “armónica con la nueva época del capital” (Moncayo, 2004, p. 200); más bien, es una renovación que va a evidenciarse en una entusiasta recepción de materiales iustéoricos foráneos que buscaban poner de presente: (i) el papel significativo de la interpretación y (ii) el de los jueces en dicha labor. Así, iniciados los años 2000, se aprecia una teoría jurídica en ‘boga’, y ahora sí con fuerza, que centraba (casi) toda su atención a “cómo interpretar el derecho” (López, 2004; Bernal, 2003, 2005; García, 2008). Se aspiraba, entonces,

a un (re)descubrimiento de la textura de los documentos jurídicos y a una apuesta protagónica de la función judicial.

Escribe Diego López Medina (2004), refiriéndose a aquella embrionaria época donde tomaba fuerza la perspectiva neoconstitucional en Colombia, que:

la enseñanza dominante, contra la que nos rebelábamos subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y mostrarles fidelidad [...] en un ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar, según se pensaba, la apariencia de rigor, científicidad y neutralidad. (p. 2)

De este modo, el fetichismo legal, el culto a la rigidez y la esperanza en la científicidad y objetividad obstaculizaban el paso a la argumentación y reafirmaban sordamente la memorización. En otro texto, y en este mismo sentido, López va a evidenciar la pérdida de hegemonía de la teoría kelseniana; expresándola, en términos de impureza; ‘impureza’, que no es una teoría del derecho contra Kelsen (o especie de antikelsianismo); la impureza radica en otra parte, dice López (2009):

la reconstrucción cultural del derecho en América Latina que propongo pretende mostrar, por ejemplo, en qué periodos y por qué razones el sincretismo metodológico que aborrecía Kelsen se convirtió efectivamente en parte fundamental de entender y hacer derecho en la región y, luego, cuáles fueron las razones que llevaron a estas mismas teorías a su declive gradual. (p. 38)

El segundo paso de esta estrategia, que coadyuvó a la hegemonía —al menos relativa— de la perspectiva neoconstitucional y que va de la mano de la idea anterior, fue su demarcada tendencia a mostrar el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana como crítico y contestatario; tanto frente al modelo del juez objetivo como frente a la clásica tridivisión de poderes y su consecuente tradición, que se mostraba hermética e intentaba conservar las bases (formales) de una herencia romano-germánica.

Así, el vacío dejado por órganos populares daría espacio para que el juez, a través de la interpretación progresista de los derechos fundamentales, impulse el cambio social como mecanismo paralelo al Estado constitucional (Rodríguez y Rodríguez, 2010). Este tipo de interpretación, según Bernal Pulido (2005), propone un reto para las cortes constitucionales: elaborar una teoría material de la Constitución. La función de esta teoría es determinar el contenido, alcance y sentido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. Y es esta, precisamente, la tercera estrategia —la racionalidad en la decisión judicial— que puede evidenciarse en la apuesta del neoconstitucionalismo. Dicha teoría (material de la Constitución) crea contenidos en estricto sentido, los cuales evitan la creación irrefrenable de

derechos al imponer al juez “las reglas de la racionalidad en la argumentación jurídica” (Bernal, 2005, p. 20). La argumentación jurídica neoconstitucional (técnicas de interpretación como la ponderación, el principio de proporcionalidad) se blindó de esta manera en contra de enfoques como los estudios críticos del derecho y las vertientes jurídicas de influencia marxista que frecuentemente acusan a la adjudicación un fuerte sesgo ideológico y político que se evidencia en la aplicación de derechos fundamentales, terminando por privilegiar el punto de vista analítico. La Corte en sus decisiones, operaría, entonces, bajo una racionalidad débil que remite a las reglas de la argumentación jurídica. La tarea aquí consiste en explorar el método por medio del cual la Corte determina el contenido, alcance y sentido de los derechos fundamentales. A lo que Bernal llama el derecho de los derechos. Un derecho, ante y sobre todo jurisprudencial.

Si en el primer y segundo paso de esta estrategia el concepto ‘contrahegemónico’ o el “carácter emancipatorio” de los estudios jurídicos dependía de su capacidad para poner en evidencia el acelerado declive y la insuficiencia del paradigma positivista para explicar la realidad constitucional de Colombia desde 1991, así como en las propuestas de herramientas hermenéuticas para salir del agujón semántico del positivismo, en este tercer paso lo ‘contrahegemónico’ o “crítico-emancipatorio” va a depender del efecto que generan algunas de las prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y su capacidad para afectar intereses hegemónicos.

Los autores a los que nos referimos, Uprimny y García (2004), para blindarse de las críticas, no niegan el rol ideologizador y dominante de los derechos sino que ponen su acento en la ambigua tendencia de la Corte; la cual navega en una “zona fronteriza entre debilidad institucional y prácticas sociales emancipatorias” (Uprimny y García, 2004, p. 463). En la primera se evidencia —tal como sostendrían las tesis marxistas— la manufacturación jurídica con fines dominantes y en la segunda se tomaría en serio su función apropiándose del derecho como instrumento de resistencia. En el mismo sentido César Rodríguez y Diana Rodríguez (2010) argumentan que, aunque es cierto que los fallos de un tribunal constitucional no necesariamente producen el exacto cambio esperado y deseado, si “pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos sociales, tanto en corto como en largo plazo” (p. 23); resaltando, de este modo, que no es necesario soslayar la imaginación institucional de los jueces para poder lograr una transformación social en contextos políticos anquilosados.

En síntesis, y debido al contenido de la Constitución de 1991 —y a su amplio catálogo de derechos—, estas y otras teorizaciones que hemos mencionado junto con renovadas prácticas jurisprudenciales han hecho que autores como Leonardo García (2008) sostengan que “Colombia esté regida por los postulados del neoconstitucionalismo” (p. 290).

Esta sería la estrategia de la perspectiva de influencia neoconstitucional y a la vez sus elementos clasificatorios. Exploremos sus tres líneas de trabajo. En la primera línea, la de *teoría constitucional*, el objeto epistemológico de la discusión está dirigido a una cuestión gramatical y a una cuestión que ancla sus bases en lo más profundo de la teoría jurídica. Este grupo comparte la idea de todo un desarrollo teórico sofisticado en Colombia, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el cual impone un verdadero cambio de paradigma jurídico ausente en la historia del país. La teoría jurídica en Colombia se ha encargado de problematizar el formalismo jurídico y con ello intentar poner de manifiesto la insuficiencia del paradigma positivista, en particular la versión estándar del ‘kelsianismo’, para resolver la pregunta que las constituciones de posguerra plantean. Los autores que más sobresalen en esta línea de trabajo son Diego López Medina, Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Arango entre otros. Todo este grupo, a pesar de las distancias que pueden existir entre sus proyectos teóricos, parece alinearse en un punto: mostrar, y a la vez ‘atacar’, la tendencia histórica de espectro formalista-procedimental del constitucionalismo colombiano (atribuible, más bien, al derecho en general) y encapsulada en el positivismo o en el iusnaturalismo; lo cual ha contaminado —y aún contamina— el proceso de renovación hermenéutico-jurídico que comenzaba, en su momento, a afrontar la jurisprudencia constitucional (Lascarro, 2012).

En este sentido la lucha política parece convertirse en una lucha por la interpretación de los derechos: una lucha por una especie de verdad constitucional. Su punto de partida, entonces, lo constituiría la crisis del modelo positivista para explicar la realidad constitucional post 91 y su argumento principal giraría en torno a una posible renovación teórica del aparato constitucional. Su período de estudio podría ubicarse aproximadamente desde 1990 hasta 2000.

La segunda línea de trabajo, la de la sociología jurídica, ha estado impulsada notoriamente por tres instancias: Dejusticia, el CIJUS y la “Colección Derecho y Sociedad”. Se han gestado numerosos estudios interdisciplinarios sobre las instituciones y el derecho los cuales, mediante la combinación de teoría y trabajo empírico, buscan poner de manifiesto las relaciones entre otras de la Constitución y el modelo económico, jurisprudencia (constitucional) y cambio social. Así, estos enfoques se han preocupado por la función social del derecho; concentrándose, en la función del tribunal constitucional como referente inevitable.

Más allá de sus matices, su preocupación central parece ser: la forma en que el uso del derecho en contextos como el colombiano, si bien puede ser hegemónico a través de prácticas jurisprudenciales, puede llegar a revertir(se) su carácter generando una práctica contrahegemónica y emancipatoria. Se intenta, entonces, mostrar al derecho desde su proyección simbólica y emancipatoria. Sin embargo, este tipo de posiciones no fueron evidentes en los inicios de los años 90 en algunos

miembros de este grupo. Mauricio García Villegas (1993), por ejemplo, en un primer momento, había sostenido la *eficacia simbólica del derecho*: la forma en que el derecho beneficia a los poderosos, incluso cuando este indica otra cosa; el derecho a calmar la rebeldía mediante el desplazamiento del conflicto y el traslado de este a su terreno aparentemente neutro no logra sino una eficacia simbólica, ya que “son normas cuya eficacia radica en que sirven para calmar los ánimos de los grupos desaventajados” (Lemaitre, 2009, p. 27). Posteriormente, con la jurisprudencia progresista de la Corte y las prácticas desprendidas de esta, García —en su trabajo conjunto con Uprimny (2004)— da una especie de ‘giro’; así, aunque no niega el carácter hegemónico del derecho y su disposición como mecanismo de legitimación del poder, agrega —y en esto concuerda con autores como Rodríguez (2007) y Lemaitre (2009)— la capacidad de la jurisprudencia constitucional de generar efectos contrahegemónicos y emancipatorios.

De este modo, dicho grupo se une en una especie de “optimismo moderado” ante las prácticas jurisprudenciales. Los autores que más sobresalen en esta línea de trabajo son Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García Villegas. Su punto de partida, al igual que la línea de trabajo anterior, es la jurisprudencia constitucional y el carácter hegemónico del derecho; mientras que su argumento principal girará en torno a la idea de un constitucionalismo con carácter emancipatorio; en cuanto a su período de estudio, este puede localizarse aproximadamente desde el 2000 hasta 2009.

De igual forma, dentro de esta perspectiva, puede rastrearse una tercera línea de trabajo que —a pesar de no estar directamente perfilada dentro de los elementos clasificatorios anteriormente mencionados— encuadra dentro de la perspectiva neoconstitucional. Nos referimos a un enfoque que es realizado desde la óptica de los estudios multiculturales por Daniel Bonilla. Si bien Bonilla no se autodefine como neoconstitucionalista, si comparte algunos presupuestos comunes con esta vertiente. Por ejemplo, su principal patrón de estudio —al igual que los estudios de teoría constitucional y sociología jurídica— lo constituye la Corte Constitucional y su labor interpretativa. Bonilla sostiene que las propuestas de autores como Kymlicka, Taylor y Tully, a pesar de sus grandes esfuerzos y los elementos originales propuestos en sus análisis, “no consiguen reconocer e incluir la diversidad cultural. Sus propuestas se limitan a reconocer comunidades liberales culturalmente diversas” (Bonilla, 2006, p. 19). Bonilla muestra que, así como los teóricos multiculturales, la Corte constitucional no logró articular una solución interculturalmente estable ante este conflicto. La Corte ha dado tres interpretaciones al problema de la diversidad cultural, dos de ellas similares a la de los teóricos del multiculturalismo y otra que con algunas falencias ha intentado escapar de las bases ideológicas del liberalismo. Estas tres posiciones son las del “liberalismo puro”, la del “interculturalismo radical” y la del “liberalismo cultural”. En síntesis, el autor concluye que a pesar de toda la atención que presta la Constitución a los grupos indígenas, la Corte Constitucional

“no logra articular una nueva relación de respeto frente a las minorías culturales” (Bonilla, 2006, p. 17). El punto de partida de esta línea de trabajo, al igual que las dos anteriores, es el estudio de la jurisprudencia y su argumento principal plantea que la Corte no ha ofrecido una solución interculturalmente estable a la diversidad cultural. El período de estudio abordado por el autor puede ubicarse aproximadamente desde el 2000 hasta 2009.

PERSPECTIVAS CRÍTICAS

En este apartado, exploraremos las perspectivas críticas en los estudios constitucionales que emergieron en Colombia. A diferencia de la anterior perspectiva que posee algunos elementos comunes como punto de partida (la crisis del positivismo, por ejemplo), algunos elementos clasificatorios y una metodología cercana (que toma como eje central la jurisprudencia constitucional), las perspectivas de enfoque crítico —además de estar fuertemente dispersas— no han establecido —salvo pocas excepciones— algún tipo de diálogo entre ellas.

La primera línea de trabajo es aquella que guarda una filiación teórica con lo que comúnmente se denomina la *crítica jurídica*, de resonancia marxista. Para estos autores, el derecho y el constitucionalismo cumplen una función hegemónica y por lo tanto los procesos de cambio social deben ser alentados desde lo político y no desde lo jurídico. Los autores más representativos de esta perspectiva son Víctor Moncayo y Gilberto Tobón Sanín, aunque también se pueden enmarcar —con algunas dificultades— algunos trabajos de Jairo Estrada, Germán Burgos e incluso Consuelo Ahumada.

A partir de sus inicios el pensamiento jurídico-crítico en Colombia, incluso antes de la práctica constitucional actual, “buscó indagar la consolidación del derecho como relación de dominación, así como el papel que en él se le da a lo ideológico y al Estado” (Wolkmer, 2003, p. 73). Entre los trabajos tempranos de esta línea se encuentran los ensayos de Víctor Moncayo titulados: “El derecho: una relación de producción” y “Sobre el derecho en las formaciones sociales capitalistas”.

Todo este grupo de autores, en línea con lo anterior, han sostenido —directa o indirectamente— cómo la Constitución ha emergido en la forma jurídica que legitimaría el sistema neoliberal y las políticas que este supone. Demandan, entonces, la forma en que el constitucionalismo post 91 en Colombia operó como autopista para impulsar un conjunto de reformas que sirvieron de plataforma para la instauración del modelo económico neoliberal. Este es el punto de partida de esta perspectiva que, pese a sus diferencias, parece alinearse en torno a: la influencia del marxismo en sus análisis —o a través de comentaristas en algunos casos— sobre el constitucionalismo. De tal manera, que los avances señalados

por las líneas de trabajo de la sociología y la teoría jurídica serían cuestionados desde esta perspectiva. El punto de partida de estos autores, a diferencia de las líneas de trabajo de la perspectiva neoconstitucional, lo constituye el análisis de la jurisprudencia constitucional, del proceso constituyente y de la Constitución como tal. Su argumento principal podría sintetizarse en la idea de que existe una demarcada relación entre la Constitución y las prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional con el modelo neoliberal. En cuanto a su período de estudio este puede ser ubicado aproximadamente desde inicios del proceso constituyente hasta 2005.

Por otra parte, encontramos una línea de trabajo que cobra significativa relevancia dentro de la reflexión constitucional en Colombia. En este caso, se puede encontrar un primer intento de diálogo entre algunas posiciones críticas y otras cercanas a la perspectiva de influencia neoconstitucional. Óscar Mejía Quintana (2009) ha sostenido que, en contravía a la posición adoptada por Uprimny y García (2004), la jurisprudencia (neo)constitucional no puede generar un efecto emancipatorio o contrahegemónico sino apenas reivindicatorio. La emancipación, al igual que en Marx, es solamente política mas no jurídica.

Mejía (2007) se concentra en mostrar los giros y tensiones al interior de la jurisprudencia constitucional, resaltando así cambios polémicos de posiciones teóricas en la Corte. En este caso el punto de partida del análisis lo constituye la jurisprudencia constitucional y el (supuesto) carácter emancipatorio del derecho, mostrando la relación del diseño constitucional con el modelo neoliberal. El período de estudio analizado por Mejía Quintana abarca aproximadamente desde 1990 hasta 2004.

Otra línea de trabajo la encontramos en autores como Salomón Kalmanovitz (2001), quien hace énfasis en el (supuesto) carácter contramayoritario y de inclinación populista de las decisiones de la Corte Constitucional frente a temas económicos. Aquí se puede encontrar otro intento de diálogo dado que Kalmanovitz, en contravía a juristas pertenecientes al ámbito académico-jurisprudencial como Uprimny y Arango, ha intentado poner sobre la mesa los principales peligros del activismo judicial en materia económica. El punto de partida de Kalmanovitz, lo constituye la jurisprudencia de la Corte: su argumento principal gira en torno a la tesis del (alto) costo económico de los fallos constitucionales y la consecuente afectación al orden económico. El período de estudio abarcado es aproximadamente desde 1992 hasta 2001.

Finalmente, aunque con argumentos bastante discutibles, encontramos la perspectiva crítica de Tamayo Jaramillo. Tamayo (2008), en contra del “nuevo derecho en Colombia”, argumenta sobre su aplicación que:

está basada en corazonadas, valores y principios generalísimos, doctrina que de alguna manera aplica la Corte Constitucional en sus sentencias modulativas y en desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la corporación más que ser un intérprete de la carta, sea un nuevo legislador ilegítimo. (p. 143)

El punto de partida de Tamayo, lo constituye la jurisprudencia de la Corte Constitucional: su argumento principal gira en torno a la tesis del carácter antipopular de los fallos de la Corte y su falta de legitimidad democrática. El período de estudio abarcado es aproximadamente desde 1999 hasta 2009.

PERSPECTIVAS TRADICIONALISTAS

Este enfoque se caracteriza por ser, quizás, el más predominante dentro de los estudios constitucionales en Colombia especialmente dentro de las facultades de derecho (nivel pregrado). Está formada por dos líneas de trabajo: (i) la histórica y (ii) la estructural. Su argumento principal consiste en una especie de reducción del concepto de constitucionalismo al de derecho constitucional, es decir que aquel es entendido como el análisis de la parte dogmática y orgánica de las constituciones al igual que el estudio previo de la historia constitucional. El primer punto lo analiza la línea de trabajo 'estructural' y el segundo la línea de trabajo 'histórica'. A diferencia de las perspectivas estudiadas anteriormente, las cuales además de preguntarse por el derecho constitucional 'partían' del mismo para abandonar enfoques normativos y arribar a análisis interdisciplinarios, la perspectiva tradicionalista al menos en su línea de trabajo 'estructural' se 'queda' en el derecho y a lo sumo alcanza a estudiar ciertos análisis desde la jurisprudencia —en algunos casos, para abordar al derecho comparado o a la doctrina especializada en el tema—.

Entre los textos y autores más importantes en esta línea, encontramos los denominados "clásicos del constitucionalismo colombiano", podemos citar los siguientes: Jaime Vidal Perdomo, Manuel Fernando Quinche Ramírez, Javier Henao Hidrón, Jacobo Pérez Escobar, Hernán Olano. De esta manera, lo que se estudia es el análisis clásico de las constituciones a través de la división dogmática (principios) y orgánica (constitución del poder público, funciones entre otras). En esta línea no existe un período de estudio como tal, ya que estos autores analizan las instituciones políticas de acuerdo al período en el que redactan sus textos; haciendo, en la mayoría de los casos, mención a los antecedentes históricos de dichas instituciones.

La línea histórica se concentra fuertemente en estudiar la historia constitucional occidental, la norteamericana, el constitucionalismo social alemán y residual o aleatoriamente la de América Latina y la de países africanos. Dentro de los autores

más representativos encontramos a Bernd Marquardt, Andrés Botero Bernal (desde una posición crítica), Jaime Sanín Greiffenstein, Carlos Restrepo Piedrahita. El período de estudio es aproximadamente desde el surgimiento del constitucionalismo fundacional hasta la Constitución de 1991.

En cuanto a las fuentes utilizadas por esta lectura podemos encontrar, principalmente, las constituciones más representativas de la historia constitucional global y nacional. También hay alusión a fuentes teóricas provenientes de diversas disciplinas tales como la política, la sociología y en general al pensamiento moderno.

FEMINISMO(S)

Dentro de esta última perspectiva encontramos autoras como Helena Alviar, Isabel Cristina Jaramillo y Julieta Lemaitre. Se caracterizan —además de ser todas de la Universidad de los Andes— por haber participado —como en el caso de Lemaitre— en el activismo social, por mostrar una gran preocupación por la teoría jurídica y una vasta producción teórica. Su argumento o preocupación principal parece estar encaminado hacia una crítica feminista del derecho; es decir, en el “análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal”. Dice Lemaitre (s. f.) al respecto: “he prestado especial atención a la reforma legal feminista y a los esfuerzos que hacen las mujeres y los movimientos feministas para transformar normas jurídicas y a obtener ciertos resultados”. Aunque estos resultados sean simbólicos (Lemaitre, 2009).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre editores.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 225-238.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda, M. (1991). *De la nueva constitución al nuevo constitucionalismo*. Bogotá, Colombia: Presidencia de la República.
- García, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- García, L. (2008). El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho*, 29, 289-330.
- Jaramillo, R. (1999). *Colombia: la modernidad postergada*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Kalmanovitz, S. (2001). Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Kalmanovitz, S. (2001). Formas de pensar jurídicas y económicas. *Revista de Derecho Público*, 14, 195-205.

- Lascarro, C. (2012). De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Jurídicas*, 9 (2), 58-69.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre editores.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- López, D. (2009). ¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina? En Bonilla, D. (Ed.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Mejía Quintana, Ó. (2007). Élités, eticidades y constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia. En Hoyos, G. (Ed.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Mejía Quintana, Ó. (2009). Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas. *Revista Pensamiento Jurídico*, 24, 131-154.
- Mejía Quintana, Ó. (2011). *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Bogotá, Colombia: IBAÑEZ.
- Moncayo, V. (2004). *El leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Rodríguez, C. (1997). Estudio preliminar. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes.
- Rodríguez, C. (2007). *Los derechos sociales en serio*. Bogotá, Colombia: DeJusticia.
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá, Colombia: DeJusticia.
- Valencia, H. (1987). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Colombia: CEREC.
- Villar, L. (1991). *Kelsen en Colombia*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Tamayo, J. (2008). Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la Corte Constitucional. *3er Congreso Nacional y 1er Internacional de Derecho Constitucional. Tensiones contemporáneas del constitucionalismo*. Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos, Pasto, Colombia.
- Uprimny, R. y García, M. (2004). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En de Sousa Santos, B. y García, M. (Ed.). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Wolkmer, A. (2011). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá, Colombia: ILSA.