



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 2, 2018, pp.26-36
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

A vueltas con la legitimidad democrática. El caso de la explotación minera

To Laps with the Democracy. The case of Mining Exploitation

Oscar Alexis AGUDELO GIRALDO

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5836-3021>
oaagudelo@ucatolica.edu.co

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Camilo Humberto PRIETO FETIVA

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5040-3444>
camilohumberto@hotmail.com

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1798342>

RESUMEN

La tensión entre legalidad y legitimidad encuentra relevancia en el uso de mecanismos democráticos de participación ciudadana con la finalidad de frenar la actividad minera. Al respecto se marcan tres posiciones: i) La obligatoriedad de las consultas populares en todos los casos de explotación minera; ii) Una visión estatalista que apela a su no vinculabilidad; iii) Una posición intermedia, que apela a la obligatoriedad de la consulta, atendiendo a las características fácticas y formales de cada caso. Para ello se asume el paradigma del constitucionalismo democrático o sustantivismo débil como alternativa de solución.

Palabras clave: Legitimidad democrática, sustantivismo débil, explotación minera, consulta popular.

ABSTRACT

The tension between legality and legitimacy finds relevance in the use of democratic mechanisms of citizen participation with the object to stop mining activity. In this regard, three positions are marked: i) The obligatory nature of popular consultations in all cases of mining exploitation; ii) A statist vision that appeals to its non-binding nature; iii) An intermediate position, which appeals to the compulsory nature of the consultation, taking into account the factual and formal characteristics of each case. For this, the paradigm of democratic constitutionalism or weak substantivism as a solution alternative is assumed.

Keywords: Democratic legitimacy, weak substantivism, mining, popular consultation.

Recibido: 24-07-2018 • Aceptado: 14-08-2018



1. INTRODUCCIÓN

En el mes de junio del año 2017 los habitantes del Municipio de Cumaral, ubicado en el Departamento del Meta – Colombia, recurriendo al ejercicio del derecho de participación democrática (Galán: 2016, pp. 103-108), realizan una consulta popular cuya pregunta se direcciona hacia si estaban o no de acuerdo con las actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria y producción de hidrocarburos en su territorio. El resultado que contrajo el uso del mecanismo democrático de participación ciudadana fue un total donde 7.475 de los votantes optaron por el no, mientras que 183 de ellos votaron por el sí². El corolario supuso una decisión mayoritaria en relación al nicho poblacional que voto la consulta. Sin embargo, esta decisión, que corresponde al régimen Municipal, resulta minoritaria cuando se trata de imponer límites a la actividad minera como forma de explotación económica por la cual propende el estado colombiano recurriendo, en modalidad de norma de competencia, al artículo 334 de la constitución política colombiana que nombra la existencia del principio de intervencionismo estatal.

Al respecto, en virtud de la vocación por una justicia ambiental, durante los últimos seis años el pueblo colombiano, al interior de sus divisiones territoriales ha propagado el uso de la consulta popular como mecanismo democrático de participación ciudadana, con la finalidad de frenar la actividad de la explotación minera. El rasgo característico que han tenido estas consultas ha sido su resultado: en un margen comparativo, la nota común es que al menos el 90% de los votantes optan por el no. Este ejercicio democrático deriva entonces en la imposición de la regla de la mayoría en virtud del derecho de participación democrática. En sustento a lo descrito sobresale un histórico de consultas populares sobre explotación minera cuyos resultados son:

Consultas populares sobre actividades minero energéticas realizadas en Colombia 1992-2018

Municipio	Fecha	Tema	Resultados
Piedras, Tolima	28 de Julio de 2013	Minera	No: 2.971 votos Si: 24 votos
Tauramena, Casanare	15 de Diciembre de 2013	Hidrocarburos	No: 4.426 votos Si: 151 votos
Cabrera, Cundinamarca	26 de Febrero de 2017	Minera e hidrocarburos	No: 1.465 votos Si: 23 votos
Cajamarca, Tolima	26 de Marzo de 2017	Minera	No: 6165 votos Si: 76 votos
Cumaral, Meta	4 de Junio de 2017	Hidrocarburos	No: 7.475 votos Si: 183 votos
Arbeláez, Cundinamarca	9 de Julio de 2017	Minera e hidrocarburos	No: 4.312 votos Si: 38 votos
Pijao, Quindío	9 de Julio de 2017	Minera	No: 2.613 votos Si: 26 votos
Jesús María, Santander	17 de Septiembre de 2017	Minera e hidrocarburos	No: 1.677 votos Si: 22 votos
Sucre, Santander	1 de Octubre de 2017	Minera e hidrocarburos	No: 3.016 votos Si: 33 votos

Figura No. 1:

Consultas populares sobre actividades minero-energéticas realizadas en Colombia 1992-2018. Tomado de: De Justicia. Audiencia pública sobre consultas populares, abril 11 de 2018. <https://www.dejusticia.org/audiencia-publica-sobre-consultas-populares-que-esta-en-juego/>

¹ El presente artículo se genera como producto de investigación del proyecto “Metodología y paradigmas de la investigación jurídica. Fase 2” del grupo de estudios legales y sociales *Phronesis*, adscrito al Centro de investigaciones socio jurídicas CISJUC de la Facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia.

² *EL TIEMPO*. Otras consultas populares que tienen en vilo la minería y el petróleo. <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/consultas-populares-en-colombia-que-tienen-en-vilo-la-explotacion-minera-y-petrolera-95600>. Consultado: 17/04/18

A la fecha de redacción del presente, recurriendo a cifras oficiales, se han tramitado al menos 70 consultas populares, de las cuales 54 aún se encuentran en modalidad de propuesta. De las 54, 9 son de iniciativa popular, 5 son convocadas por alcaldes, 3 promovidas por concejales, 4 por iniciativa de la ciudadanía en particular, y 33 proyectadas por colectivos ambientalistas³.

Al respecto, a pesar que la ley 1757 de 2015 determina una garantía primaria al derecho de participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural; la respuesta por parte del estado colombiano a través del Ministerio de Minas y la Registraduría Nacional, se puede resumir en las siguientes posiciones:

(...) i) Las regiones no disponen del manejo de los recursos naturales y el subsuelo; es la nación; ii) La consulta popular no puede modificar la ley Colombiana, y menos tomarse como un derecho absoluto frente a principios constitucionales como el del intervencionismo económico, la sostenibilidad fiscal y la propiedad del subsuelo; iii) El freno a la explotación minera constituiría un receso económico para la región; iv) Estas consultas populares se realizan sin considerar el informe sobre impacto ambiental de la zona⁴; v) Desde el orden central, no se financiarían más consultas populares con recursos del gobierno, sino que se deben adelantar con recursos de los municipios o departamentos⁵.

La posición quinta sitúa un sub-campo problemático en el desarrollo del debate, dado en la incógnita sobre quien tiene la autoridad y competencia para determinar si opera o no la exclusión de la actividad minera, sobresaliendo dos criterios interpretativos: i) De acuerdo al artículo 37 del Código Nacional de Minas, no es competencia de los Alcaldes, y por lo tanto, tampoco de los Municipios, excluir la actividad minera; ii) En grado de sistematización, el artículo 105 de la Constitución política de Colombia determina una norma de Competencia en favor de Alcaldes y Gobernadores que los faculta a realizar consultas populares *sobre asuntos de competencia del departamento o municipio*, mientras que, el artículo 33 de la ley 136 de 1994 acarrea la responsabilidad de adelantar consultas populares a los Municipios cuando opere una *transformación en las actividades tradicionales del municipio*, en ocasión del desarrollo de proyectos de naturaleza turística o minera.

A su vez, en conexión con el artículo 37 del código de minas, el artículo 332 de la carta constitucional delimita que el subsuelo es propiedad del estado y no de los entes territoriales. Sin embargo, es de aclarar que la actividad minera tiene impacto sobre recursos que son competencia de los Municipios.

Ahora, de los enunciados normativos de los artículos 105 constitucional y 33 de la ley 136 de 1994 sobresale un contenido indeterminado. Primero, el término *Transformación en las actividades tradicionales del Municipio* corresponde a un término que se encuentra en zona de penumbra; Segundo, el artículo 105 de la Constitución política colombiana no delimita el alcance de la función de los gobernadores y alcaldes sobre los *asuntos que corresponden a los departamentos y municipios*. Los resultados de la textura abierta de los enunciados jurídicos dan lugar a una polisemia interpretativa que conlleva a la inferencia de normas jurídicas en grados de oposición.

Sin embargo, el problema se encuentra parcialmente resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, la cual asumió este debate como el producto de una tensión entre el principio unitario y el principio de autonomía territorial, concluyendo que opera un sistema de limitaciones recíprocas, determinando a su vez, que la consulta popular genera obligatoriedad, siempre que, *cumpla con los requisitos de votación mínima*⁶.

Los casos que se reseñan, excepto algunos, han cumplido con los requisitos de votación mínima, configurando, en los términos de la Corte de Constitucional, un grado de obligatoriedad como decisión vinculante para el gobierno colombiano.

³ EL TIEMPO. El año arranca con 54 consultas populares pendientes contra minas y energía. <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/consultas-mineras-pendientes-contra-minas-y-energia-172302>. Consultado: 17/04/18

⁴ REPUBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Plan voceros para una minería bien hecha. <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/23923540/Carlilla+Mitos+y+Realidades.pdf/d1001ef5-3e1e-4584-99a3-dd212b84e5e1>. Consultado: 17/04/18

⁵ PORTAFOLIO. Consultas populares no serán financiadas por el gobierno. <http://www.portafolio.co/economia/consultas-populares-no-seran-financiadas-por-el-gobierno-510805>. Consultado: 17/04/18

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 445 de 2016. Magistrado ponente Jorge Palacio

Sin embargo, recurriendo a una tesis economicista, y en virtud del principio de desarrollo económico, el gobierno de Colombia mantiene a la posición de negar el carácter vinculante de las consultas populares, al menos en aquellos casos donde obra desinformación por parte de las comunidades (Cfr. Sentencia T 455 de 2016 – Retos de la actividad minera a nivel global).

Por lo tanto, éste es un problema que puede ser desarrollado a partir de la tensión entre legalidad y legitimidad democrática; sucinta, entre otros casos, en los debates acerca de la superposición de la democracia sobre la constitución, y viceversa. Para ello, se asume como pregunta – problema a desarrollar si ¿Prima la legitimidad democrática sobre la legalidad, recurriendo al rasgo de obligatoriedad de las consultas populares?

Para dar solución al problema se asume una tesis intermedia, vinculada a los postulados del constitucionalismo democrático, donde serán vinculantes las consultas populares en aquellos casos donde la explotación minera amenace, entre otros derechos, el medio ambiente, el desarrollo agropecuario de la región, derechos fundamentales como vida e integridad personal (y por conexidad su afectación del derecho a la salud) y el orden de los ecosistemas. Aquellos casos donde, recurriendo al deber ser de las cosas, la licencia ambiental que media en el desarrollo de la explotación minera, demuestre la no afectación al medio ambiente, al desarrollo agropecuario y a las garantías fundamentales de los habitantes del ente territorial, recurriendo para ello a la posibilidad de desinformación por parte de las comunidades en algunos casos, no serán vinculantes las consultas populares, limitando a la legitimidad democrática. Sin embargo, estas tesis resultan dependiente de la demostración por vía de científicidad, sobre si en toda actividad de explotación minera concurre o no daño ambiental, riesgo al ecosistema y, por lo tanto, afectación a derechos fundamentales conexos, como el caso de la modalidad del *fracking*. Si la ciencia logra demostrar esto, es necesario concluir que todas las consultas populares sobre explotación minera son vinculantes, recurriendo a la tesis de una de legitimidad democrática no viciada, fundamentada por la misma legalidad (Afectación a derechos) Con ello, se concluirá en materia del debate legalidad / legitimidad que ambos niveles de calificación del derecho no parten de una superposición, sino que corresponden a una interpenetración de sistemas de calificación del derecho, donde el ejercicio de la legitimidad democrática obra por canales preestablecidos a través de la legalidad de las constituciones, y a su vez, el ejercicio democrático validado por las constituciones legitima democráticamente cambios sustanciales a parámetros dados por vía de legalidad.

Sin negar el valor de las consideraciones ambientalistas, se aclara que el presente, es un artículo cuyas unidades de análisis estriban, a partir del universo de casos seleccionado, en el valor de la democracia en el marco de una colisión con los estándares de la legalidad, demostrando a su vez, que el debate legalidad – legitimidad continua vigente, pero, se presenta una posición de complementariedad y no de conflictividad entre ambas formas de calificación.

2. EL NÚCLEO DEL DEBATE: REVISIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

La posibilidad de imponer frenos a la actividad minera, recurriendo al uso de la consulta popular como una forma de institucionalización de la legitimidad democrática, demuestra que la tensión entre constitucionalismo y democracia continua vigente, gracias a los paradigmas elaborados desde las orbitas del derecho constitucional, la filosofía política, la teoría jurídica y la filosofía del derecho; entre otros casos, en las cuestiones relativas a la relación entre: i) La adjudicación y los procesos sometidos a la regla de la mayoría; ii) La administración pública y los intereses democráticos; donde se rescatan las figuras de la premisa mayoritaria (Dworkin: 2002, pp. 3-52), los derechos minoritarios (Dworkin: 2014), y los precompromisos constitucionales (Agudelo & Prieto: 2016, pp. 29-44). Dicha tensión es el cociente del balanceo entre la democracia como un peligro para los derechos básicos y la constitución como un freno a los intereses democráticos (Holmes: 1999, pp. 217-261). Al respecto, lo que tiene de llamativo el universo de casos seleccionados es la puesta en peligro no de los derechos básicos en virtud de la decisión democrática mayoritaria; sino el riesgo de afectación a la economía nacional, que es dependiente de la explotación minera; recalando una colisión con el principio de intervencionismo económico que propende por el desarrollo de la nación. Sin embargo, el concepto de bienestar económico es supeditado por el concepto de desarrollo

sostenible que implica, a manera de precompromiso constitucional, la obligación de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la limitación de recursos para las generaciones futuras.

En virtud de lo dicho, para las tesis democráticas, cuando las constituciones políticas asumen pre compromisos constitucionales, fijan una restricción autoimpuesta, pues relegan de las discusiones políticas el contenido de los derechos constitucionales – fundamentales (Bovero: 2008, pp: 217-225), limitado el ejercicio soberano del pueblo a través de la democracia; lo que, en términos de debate podría constituir una usurpación de la soberanía (*Rule by law*) (Waldron: 2008, pp.1-61). De nuevo aquí, vuelve a ser llamativo el uso inverso del precompromiso constitucional, en este caso, el desarrollo sostenible, a favor de los intereses democráticos de quienes ejercen la consulta popular.

Por otro lado, la necesidad de imponer límites por vía constitucional, es producto de las dos limitaciones que obran en el paradigma democrático: i) La democracia – en su acepción formal - puede corresponder en términos de Hayek (2011), a un caballo desbocado, entre tanto, existen intereses democráticos viciados v.gr; el plebiscito para la paz celebrado por el estado colombiano⁷ situación que podría corresponder a los casos de desinformación de la comunidad al momento de adelantar la consulta popular-; ii) La oportunidad para las generaciones presentes de desligarse de las ataduras impuestas por las generaciones ancestrales, limitando a las generaciones futuras; donde se recurre a la paradoja de la democracia (Elster: 2000). Los retos que contraen los problemas (i) y (ii) del paradigma democrático se pueden condensar en la juridificación de la democracia desde una triple raigambre: i) El pluralismo, ii) El disenso; iii) La diferencia (Reano: 2009, pp. 309-333).

Para superar ésta dicotomía, surge como posición ecléctica, y punto intermedio, el denominado constitucionalismo democrático, para el cual la naturaleza del poder constituyente implica la creación del poder constituido, es decir, un poder que no está limitado, que es soberano, y que adicionalmente, tiene una fuerza legitimadora; situación que da lugar a la generación de un poder limitado, y a su vez dependiente, que no tiene fuerza legitimadora, sino que está legitimado por dicha fuerza (Martínez Dalmau: 2014, pp. 67-119). Bajo ésta visión, la soberanía popular encuentra un límite, dado que las decisiones carácter democrático no pueden tomarse con una libertad plena, porque si éstas van en contra de determinados postulados de carácter constitucional, no deben producir consecuencias jurídicas. De esta forma se está ante la presencia de límites tanto formales como materiales de la soberanía popular (*Ibidem*). En el núcleo del debate este sería la forma de justificar la posición por parte del Gobierno Colombiano que sustenta en la predeterminación normativa del artículo 332 constitucional, la propiedad del subsuelo y su destinación por parte del gobierno; en cuyo caso, la consulta popular presentaría una colisión con el principio de intervencionismo económico (artículo 335 constitucional).

Entre otros mecanismos dados para la protección bivalente de la constitución y la democracia, sobresale, desde la teoría política, la figura del coto vedado (Garzón: 1989, pp. 209-213), entendido como “*el conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido, ni siquiera aquél de la mayoría en los Estados democráticos de derecho, puede violar*” (Bovero: 2008, pp. 217-225). En este sentido, democracia y constitución son un complemento ya que, las luchas democráticas van ligadas al reconocimiento de derechos –por ejemplo, los de participación política-, y la constitución necesita legitimidad democrática, por ello a continuación se analizarán los elementos que la integran. Bajo esta línea argumentativa, es necesario hacer todo lo que esté a nuestro alcance para consolidar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales al promover un desarrollo económico y social, que permita alcanzar una prosperidad generalizada (Vallejo: 2012, p. 19).

⁷ Sobre la categoría normativa de la paz, véase, Agudelo & León, en Becerra (2016, pp. 45-66).

3. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA, ELEMENTOS PROBLEMÁTICOS

La tensión entre el artículo 335 constitucional, que se conecta con el principio de intervencionismo estatal, y el derecho a la participación democrática (artículo 40 constitucional) que cobra conexidad, desde el universo de casos, con derechos como el ambiente sano, la salud, y el principio de desarrollo sostenible, suscita la tensión entre legalidad y legitimidad democrática. La legitimidad⁸ puede ser abordada desde diversas ópticas, en las que resaltan i) *la filosofía política*, que la entiende como la relación entre el fundamento y la justificación del poder, es decir, ¿Qué hace que las personas (o persona) que gobiernan tengan tal facultad? ¿Por qué de deben seguir las disposiciones que esta persona(s) establezca(n)? (Del Hierro: 2013, pp. 179-186); y, ii) *la filosofía del derecho*, en la que la idea de legitimidad va asociada con la idea de justicia en los sistemas jurídicos, esto es, una norma jurídica es legítima siempre y cuando responda a un determinado sistema de valores (*Ibidem*). Estas dos formas de entender la legitimidad se denominan democrática y jurídica⁹, no obstante, vale la pena señalar que, la legitimidad democrática es una condición necesaria más no suficiente, pues debe ser conjugada con la legitimidad jurídica (*Ibidem*).

A su vez, las dos formas de legitimidad arrojan como subproblemas: i) ¿La legitimidad se predica desde el punto de vista de sus titulares? Si es así ¿Se predica en colectividad, o permite la individualidad? ¿Se examina desde el contenido de la decisión? ii) ¿Qué sucede cuando un sistema jurídico no establece de forma explícita su sistema de valores o principios?¹⁰ ¿En dicho caso, como se determina que una ley es justa o no? Estos interrogantes conllevan a señalar otras formas de entender la legitimidad y son:

La legitimidad de ejercicio, que se caracteriza en el hecho de que ésta ya no radica en la autoridad que toma las decisiones –legitimidad por vía de legalidad a través de las normas de competencia (Schmitt: 1996) - sino en el contenido de las decisiones de tal autoridad. A su vez, dicho contenido debe estar encaminado a satisfacer determinados objetivos y valores (Del Hierro: 2013, pp. 179-186).

Esta postura también se conoce como *la teoría del sustantivismo radical* (Linares: 2008). Por ejemplo, El presidente de un país x, cuyo estado formula a través de la constitución, en categoría de valor y principio, el respeto a la libertad de cultos, no puede iniciar una política de estado cuya finalidad sea la persecución a los musulmanes, ya que, la misma carecería de legitimidad en el ejercicio.

Teoría del procedimentalismo radical, una decisión política es legítima –y por lo tanto debe ser obedecida- siempre y cuando cumpla con el procedimiento establecido para su producción. Bajo esta idea, la legitimidad reside no en el contenido de la decisión sino en su procedimiento (*Ibid.*: pp. 27-44). Se diferenciaría de la legitimidad democrática reseñada anteriormente, porque además *del quien*, involucra el elemento del *cómo* se deben expedir las decisiones políticas (Kelsen: 1995).

No obstante, ni el *sustantivismo radical* involucra elementos de forma, ni el *procedimentalismo radical* involucra elementos de contenido, lo que trae consigo que, si bien es cierto, a pesar de que los dos elementos son necesarios por sí mismos, resultan insuficientes, teniendo en cuenta que, “una decisión política es legítima si y solo si es tomada a través de un procedimiento reconocido como legítimo, y además respeta ciertos criterios de justicia sustantivos” (Linares: 2008, pp. 27-44). En razón a esto, el derecho subjetivo tiene, a su vez, su justificación dentro del sistema a través de las sentencias justas y adecuadas a derecho, que, a su turno, materializan la paz jurídica (Castro: 2017, p. 41). Como respuesta a esta disputa han surgido dos versiones moderadas, y son: el *sustantivismo débil* y el *procedimentalismo débil*.

El sustantivismo débil tiene como su máximo representante a Ronald Dworkin -aunque autores como Luigi Ferrajoli también se enmarcan dentro de la misma (Ferrajoli: 2009)-, y enfatiza en la distinción de dos conceptos, el de premisa mayoritaria y derechos constitucionales. La primera es la regla de mayorías utilizada en el proceso legislativo, y la segunda, a pesar de no tener un carácter unívoco, marca límites a la actividad legislativa y democrática, donde resulta a su vez democrático y constitucional la revisión por parte de los

⁸ Vista como relación de dominación (Weber) o como un problema de racionalidad práctica y consenso (Habermas). Véase Weber (1977; 1993); Habermas (2005; 1999).

⁹ Existe una tercera forma de entender la legitimidad y es la moral, que es entendida como “la cualidad en virtud de la cual una norma jurídica merece reconocimiento ético”, sobre esto véase, Serrano (1999).

¹⁰ Al respecto téngase en cuenta, Larenk (1985); Alexy (2008).

Tribunales constitucionales. A pesar de constituir una posición mixta, se da prevalencia a la postura sustantiva (Linares: 2008, pp. 27-44).

De lo anterior, vale la pena detenerse en dos aspectos, el primero es que, los derechos fundamentales marcan un límite a las decisiones mayoritarias y a las decisiones estatales que puedan afectarlos (Dworkin: 2014, pp. 209-233), en esta perspectiva, se señala que la educación es un derecho y a la vez un factor influyente que, forma al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia (Cárdenas: 2017, p.110) y el segundo, que éstos deben ser entendidos como un conjunto que integra las siguientes características: i) Están consagrados en el derecho positivo, ii) Son fruto de la positivización de los derechos humanos, iii) Son de carácter individual, iv) Se poseen frente al estado, v) Son de carácter abstracto, vi) Su contenido es sustancial, vii) Tienen una prevalencia dentro del sistema jurídico (Brodowski: 2015, pp. 339-347). De este modo, dentro del derecho positivo consagrado, un aspecto que se tuvo en cuenta fue en el sentido de la educación, donde las Constituciones buscan incluir el derecho a la educación gratuita para los niños y coincidieron en atribuir su responsabilidad al Estado (Blanco: 2009, p. 156).

Por otro lado, la segunda postura, al igual que el *sustantivismo débil*, tiene una concepción mixta, no obstante, se inclina más por el procedimentalismo, ya que, interpretando a Waldron: i) La legitimidad de las decisiones políticas radica en el hecho de que éstas sean proferidas por un órgano competente –congreso- y adoptadas mediante un consenso que parte de la idea del desacuerdo – en atención al carácter plural de las sociedades-, donde para mediar un consenso las personas deben tener los medios para participar en la discusión política (Waldron: 2004, pp. 249-268.), ii) El proceso de mayorías tiene un carácter neutral debido a que posibilita la interacción y participación directa de todos los miembros de una comunidad o de toda la ciudadanía, ya que cada opinión tiene el mismo valor, esto es: una persona = un voto (Viquez: 2015, pp. 1-31).

En este sentido, el procedimentalismo débil privilegia el derecho de participación, entre tanto, constituye el *derecho de los derechos* (Waldron: 2005), por lo que, en términos de Waldron rechaza dos posiciones centrales del *sustantivismo débil* o constitucionalismo democrático que son:

i) La constitucionalización de determinados tipos o clases de derechos asigna una inmunidad sobre los mismos, es decir, que no puedan ser modificados, quedando por fuera de la órbita de discusión pública. Sin embargo, lo que caracteriza a la democracia es la posibilidad de disentir; de ahí que, no habría porque darle prevalencia o especial protección a cierto tipo de derechos (Viquez: 2015, pp. 1-31). Por otro lado, la inmunidad entraría en contradicción con la democracia misma, toda vez que, a los individuos se les atribuyen determinados derechos indecibles como reflejo de la racionalidad humana. La idea de dotar a los individuos de derechos y desconfiar sobre el uso racional de éstos, implica una contradicción con el principio de autonomía (Waldron: 1993, pp. 18-51). Por otra parte, las realidades sociales e históricas de los Estados, son las que propician escenarios de paz, perdón y reconciliación en los países, así como estándares de respeto y observancia de obligatorio cumplimiento en el ámbito de los derechos humanos por los Estados y las instituciones que lo conforman (Ramírez: 2017, p.25).

ii) La revisión judicial o control constitucional por parte de los jueces carece de legitimidad debido a que los jueces no son elegidos democráticamente. Cuando estos dejan sin vigencia una norma que fue proferida por un órgano legítimo, que es el congreso, de acuerdo a los requisitos establecidos en leyes preexistentes, se atenta contra la voluntad democrática de las personas que eligieron a sus representantes (Waldron: 2015, pp. 151-218). De este modo, el derecho internacional interamericano no podía ser ajeno al proceso democratizador y fue evolucionando progresivamente para dar respuesta a las nuevas necesidades en torno a la consolidación de los regímenes democráticos (Albán: 2009, p. 267).

A su vez, en el contexto norteamericano, el control de constitucionalidad tiene un origen conservador y elitista (Gargarella: 2011); basta ver para ello el caso *Marbury Vs Madison* (Marshall: 200) donde los intereses de fondo eran proteger a la clase política dominante en su momento-. En consecuencia, para mediar esta tensión se propone que el control de constitucionalidad no debería estar en manos del poder judicial, sino en cabeza del legislativo, en atención a su autoridad y legitimidad democrática, mediante la aplicación de la figura del control de constitucionalidad de la legislación (Harel & Kahana: 2015, pp. 295-325).

Así las cosas, bajo esta óptica el dilema sobre la legitimidad jurídica y política actual encontrara una tensión sobre dos posturas irreconciliables, que paradójicamente nacieron para solucionar la tensión *sustantivismo vs procedimentalismo*. De ésta manera, la cuestión se resume así: mientras que para el *procedimentalismo débil* la legitimidad de una decisión política reside en el hecho de que sea tomada con base en una deliberación que parte de desacuerdos para llegar a un consenso, y que dicha decisión no éste limitada ni por pre-compromisos constitucionales, ni tampoco por los tribunales constitucionales, el *sustantivismo débil* o *constitucionalismo democrático* partirá de la base de respetar las decisiones de carácter democrático tomadas por el legislativo (electo democráticamente), siempre y cuando no trasgredan derechos constitucionales fundamentales, puesto que se encuentran dentro del *coto vedado* y se someta la decisión a un proceso de revisión por parte del tribunal constitucional, donde un cambio de paradigma debe traer beneficios significativos en todos los ámbitos, tales como ambiental, económico y social (Cubillos, Novegil & Cortés: 2017, p. 25).

4. CONCLUSIONES

Adoptando el paradigma del sustantivismo débil, también denominado, constitucionalismo democrático, persisten dos extremos: El primero, asume el carácter vinculante u obligatoriedad de las consultas populares, siempre que las comunidades se encuentren debidamente informadas y sea evidente la afectación al ambiente, los derechos fundamentales y el desarrollo agropecuario. De no ser así, el otro extremo del constitucionalismo democrático negaría el carácter vinculante de las consultas populares. Ello demuestra la relación de complementariedad y no de conflictividad que se suscita entre los niveles de calificación de legitimidad democrática y legalidad, sustentada como una relación de interpenetración de sistemas. Siendo así, el contenido del debate relegado a partir del universo de casos representa vicisitudes: i) La apuesta por el principio de desarrollo económico – y de revisión fiscal – preconfigura la denominada crisis del estado constitucional (Ferrajoli: 2014); ii) La polisemia interpretativa que opera frente al debate es el derrotero de la crisis de racionalidad de la ley que limita a la racionalidad jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, O. & León, J. (2016). Examen en clave neoconstitucionalista a la categoría normativa de la paz, en: Becerra, J. (Ed). *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Bogotá, pp. 45-66.
- Agudelo, O. & Prieto, M. (2016). Constitucionalismo y mundos posibles. Una revisión axiomática de los precompromisos constitucionales, en: Agudelo, O. (Ed). *Perspectivas del constitucionalismo*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, pp. 29-44.
- Albán, G. (2009). Sociedad civil en la promoción y protección de la democracia en las Américas”. *Novum Jus*, Vol. 3, n°. 1, enero–junio, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 267.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Becerra, J. (Ed) (2016). *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Blanco, J. (2009). Los derechos civiles y políticos en la historia constitucional colombiana. *Novum Jus*, Vol. 3 n°. 1, enero–junio, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, pp. 156.

- Bovero, M. (2008). Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado, *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º. 31, Alicante: Universidad de Alicante, pp. 217-225.
- Brodowsky, M. (2015). Propiedades calificantes y cualificantes de los derechos fundamentales, en: Fabra, J. & García, L. (Ed). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 339-347
- Cárdenas, J.F. (2016). Educación para la Paz. De la Constitución de 1991 a la Cátedra de la Paz. *Novum Jus*, Vol. 11, n.º. 1, enero-junio, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 110.
- Castro Ayala, J.G. (2017). *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 41.
- Cubillos, R., Novegil, F., & Cortés, O. (2017). *Territorios resilientes y eficientes en Bogotá*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 25.
- Del Hierro, J. (2013). Legitimidad y legalidad, *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad. n.º. 4, marzo-agosto. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 179-186.
- Dworkin, R. (2002). La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de derecho constitucional*. n.º.7, julio- diciembre. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 3-52.
- Dworkin, R. (2014). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta.
- Galán, A. (2016). Entre justicia y moralidad: Criterios metateóricos en cuanto a la justicia, la moral y el derecho, *Novum Jus*. Vol. 10, n.º. 2, julio-diciembre. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, pp. 103-108.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado», *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho n.º. 6, Alicante: Universidad de Alicante, pp. 209-213
- Habermas, J. (1999). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Madrid: Catedra.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- Harel, A., & Kahana, T. (2015). El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación, en: Fabra, J. & García, L. (Ed). *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 295-325.
- Hayek, F. (2011). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia, en: Elster, J. & Slagstad, R. (Ed). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 217-262.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Larenz, K. (1985). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Editorial Civitas.
- Linares, S. (2008). *La Illegitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Marshall, J. (2006). Marbury vs Madison, en: González, J & Beltrán, M. (Ed). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática, en: Martínez Dalmau, R. (Ed). *Teoría y práctica del poder constituyente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 67-119.
- Ramírez Huertas, G. (2017). *Los derechos humanos a debate. Perspectivas desde el derecho internacional*, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 25.
- Reano, A. (2009). Consideraciones sobre la paradoja democrática, Andamios. *Revista de Investigación Social*. Vol. 5, n° 10, abril. México: Universidad Autónoma de la Ciudad de México, pp. 309-333.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos,
- Serrano, J. (1999). *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Vallejo, G. (2012). Alcances de las operaciones de mantenimiento de la paz. *Novum Jus*, Vol. 6, n°. 2, julio–diciembre, Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 19.
- Virguez, S. (2015). Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público*. n°. 35, julio–diciembre. Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 1-31.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 13, n°.1. Oxford, Universidad de Oxford, pp. 18-51.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación, en: Slye, R. & Koh, H. (Ed). *La democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, pp. 249-268.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Waldron, J. (2008). The Concept and the Rule of Law, *Georgia Law Review*. Vol. 43, n°. 1, University of Georgia, Georgia, pp. 1-61.
- Waldron, J. (2015). El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación, en: Fabra, J. & García, L. (Ed). *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma De México, pp. 151-218.
- Weber, M. (1977). *Estructuras de poder*. Buenos Aires: Editorial la Pléyade.
- Weber, M. (1993). *Economía y sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.

BIODATA

Oscar Alexis AGUDELO GIRALDO: Doctorando en Derecho Público, Universidad de Jaén. Master en Teoría jurídica. Investigador del grupo de estudios legales y sociales *Phronesis*, Universidad Católica de Colombia. Bogotá DC. Colombia.

Camilo Humberto PRIETO FETIVA: Estudiante de la especialización en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Colombia, perteneciente actualmente al semillero de teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica del Grupo de Estudios Legales y sociales *Phronesis* adscrito al centro de investigaciones socio jurídicas (CISJUC) facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia". Bogotá DC. Colombia.