

## Introducción

Introducción.....	11
-------------------	----

### Parte I

#### EL CONTEXTO POLÍTICO, JURÍDICO Y TEÓRICO DE LA 'DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA'

##### CAPÍTULO 1

##### ALEXANDER BICKEL Y LA 'DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA'

1. Un acercamiento al tópico bickeliano y al problema de investigación.....	36
2. Una breve contextualización a partir de algunas premisas bickelianas.....	48
3. Por qué para BICKEL el caso <i>Marbury v. Madison</i> es un mal ejemplo de la justificación de la <i>judicial review</i> : la 'astucia de Marshall' y la regla lógica del <i>Modus ponens</i> .....	58
3.1. El caso <i>Marbury v. Madison</i> , un mal ejemplo de la <i>judicial review</i> .....	61
3.2. La 'astucia de Marshall' en <i>Marbury v. Madison</i> .....	67
4. La 'dificultad contramayoritaria' como resultado de momentos democráticos excepcionales.....	73
4.1. La defensa de la <i>judicial review</i> a pesar de la 'dificultad contramayoritaria'.....	77
5. El método 'dialógico y prudencial' de BICKEL y el carácter democrático de los jueces a través de las 'virtudes pasivas' en 'casos maduros'.....	82
5.1. Las 'virtudes pasivas' en el control concreto de las leyes.....	83
5.2. La filosofía prudencial de las Cortes como 'animales políticos'.....	89

6. Las Cortes como método esclarecedor del ‘asunto constitucional’ y dinamizador de las leyes: en contra de la ‘jurisprudencia abstracta’ .....	97
7. Reconstruyendo un ‘diálogo interinstitucional’ desde Bickel a través de la claridad de las Cortes .....	102
8. Una justificación principialística de la <i>judicial review</i> .....	109
8.1. La ‘dificultad contramayoritaria’ y la ‘imagen de prestigio’ de las Cortes .....	112
8.2. La ‘función educadora’ de las Cortes.....	120
9. A modo de conclusión.....	123

## CAPÍTULO 2

### LAS FUENTES DEL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO: UNA ‘OBSESIÓN ACADÉMICA’ A TRAVÉS DE LAS DISCONTINUIDADES Y LAS CONTINUIDADES EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. Contextualización de la DCM como una ‘obsesión académica’ a partir de la lectura de BARRY FRIEDMAN .....	132
1.1. La ‘obsesión’ de la DCM y su arraigo en la academia jurídica .....	136
1.2. ¿Cuándo se volvió una ‘obsesión académica’ la DCM? .....	145
2. El legalismo clásico europeo y su mirada contramayoritaria: la presencia de la conciencia jurídica subconstitucional y la oscuridad judicial.....	151
2.1. Un análisis propedéutico del legalismo bajo la mirada contramayoritaria .....	151
2.2. Entre la tensión del legalismo y el antiformalismo.....	157
2.3. La mirada francesa y alemana desde los postulados de una teoría clásica .....	163
2.3.1. La costumbre, el pasado y el espíritu vigente de la Ley en 1804.....	164
2.3.2. El espíritu científico del Derecho y la base cartesiana a principios del siglo XIX.....	171

2.4. El debate sobre quién debe ser el defensor de la Constitución: el Estado legislativo frente al Tribunal Constitucional en 1920.....	180
2.4.1. La ‘separación de poderes’ a la luz del Constitucionalismo moderno.....	180
2.4.2. El contexto político y la concepción del Estado legislativo en la era nacionalsocialista.....	186
2.4.3. El guardián de la Constitución a través de la garantía de la jurisdicción constitucional.....	191
3. Las teorías neolegalistas como supuesto de una sociedad democrática y del ‘foro legislativo’.....	197
3.1. La ineficacia de la ‘ <i>judicial review</i> fuerte’ en una sociedad democrática: la lucha entre el voto de los jueces y el genuino desacuerdo en el ‘foro legislativo’.....	200
3.1.1. La ‘ <i>judicial review</i> fuerte’ en una sociedad democrática a pesar de los desacuerdos razonables.....	201
3.1.2. Los jueces no son mejores que el ‘foro legislativo’ en temas sustanciales y políticos.....	206
3.2. El principio de legalidad como defensa de la autonomía de las personas en el ‘foro legislativo’: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación.....	211
3.2.1. El ‘imperio de la ley’ y la ‘autonomía personal’.....	215
3.2.2. ¿Cómo salvar la ley en medio de la vaguedad jurídica?.....	222
4. Un paso hacia la democracia deliberativa: el ‘constitucionalismo popular’.....	227
5. El ‘elitismo epistemológico’ de las democracias deliberativas: la ingenuidad de las teorías del diálogo frente al analfabetismo y la ignorancia política.....	234
5.1. El ‘lugar estratégico’ de los jueces para abrir espacios de discusión pública y no tan solo como garantes del procedimiento democrático.....	242
5.1.1. En contra del textualismo y la interpretación libre.....	244
5.1.2. Los jueces no son descubridores de los valores, son garantes de los canales abiertos de participación democrática.....	249

5.2. La 'Constitución histórica' a través de las 'precondiciones' de la democracia deliberativa y el apoyo de un control judicial contingente .....	254
5.2.1. La 'Constitución histórica' a través de la 'analogía de la catedral' .....	255
5.2.2. La Constitución de derechos y la autonomía .....	259
5.2.3. Hacia la democracia deliberativa: un análisis crítico .....	262
5.2.4. Defendiendo un control judicial 'contingente': la analogía del 'piloto judicial' .....	268
5.3. La deliberación pública o el elitismo judicial como 'última palabra' .....	275
5.3.1. Algunas cuestiones bickelianas con R. GARGARELLA .....	277
5.3.2. La democracia deliberativa y la supuesta eliminación del control judicial .....	284
5.4. Más allá del republicanismo y el liberalismo: el papel del Tribunal Constitucional en la política deliberativa de HABERMAS.....	291
5.4.1. El discurso y la hermenéutica en la democracia deliberativa habermasiana .....	296
5.4.2. El papel de un Tribunal Constitucional dentro de una democracia deliberativa.....	301

## Parte II

### EL RECHAZO DE LA 'DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA'

#### CAPÍTULO 1

#### EL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO, REALISMO JURÍDICO Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, UNA PERSPECTIVA

1. ALEXANDER BICKEL y el constitucionalismo clásico europeo .....	313
2. La crítica europea a la ciencia jurídica conceptual a través de la práctica real del Derecho .....	316
2.1: Los argumentos de GÉNY en contra del 'fetichismo de la ley' .....	318
2.2. Un paso por la 'jurisprudencia de intereses' de PHILIPP HECK: una posición poco conocida .....	323

3. La mirada americana: la tesis realista del Derecho como dinamizador de la ley desde EDWARD H. LEVI.....	329
3.1. El proceso del razonamiento jurídico en el campo del Derecho jurisprudencial, la interpretación de las leyes y la Constitución a través del razonamiento mediante ejemplos.....	331
3.2. La introducción de los conceptos jurídicos mediante la interpretación.....	339
4. Las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica a mediados del siglo XX.....	345
4.1. Lagunas, vaguedades y vacíos de la ley, a propósito de la 'lógica razonable' de CHAÏM PERELMAN.....	351
4.1.2. Hacia la construcción del razonamiento judicial a través de un complemento de los jueces.....	361
4.2. Un puente con la argumentación moral desde DWORKIN y WALDRON: los jueces no son filósofos del derecho, los jueces son abogados.....	370
4.2.1. Una breve mirada de WALDRON sobre la argumentación moral.....	378

## CAPÍTULO 2

### LA 'DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA IMPLÍCITA' ENTRE EL DISCURSO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Y LA TEORÍA JURÍDICA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

1. Algunos principios constitucionales modernos. Una lectura española como influencia directa a la tradición latinoamericana a mediados del siglo XX.....	383
1.2. A propósito de la separación de poderes y el debate con MONTESQUIEU.....	384
1.3. La supremacía constitucional y la 'Constitución como norma'.....	389
1.4. Los principios y los derechos fundamentales como límite al Gobierno.....	398
2. La teoría jurídica dworkiana a la luz del debate poshartiano, en especial, del positivismo incluyente.....	405
2.1. Por qué es importante este debate para la <i>judicial review</i> .....	405
2.2. Fidelidad al texto o interpretación constitucional: un presupuesto desde la hermenéutica jurídica.....	416

2.3. A manera de conclusión .....	422
3. El giro pragmático de la teoría del Derecho hacia la teoría constitucional: aclarando el 'constitucionalismo confuso' .....	425
3.1. El 'coto vedado', lo 'indecidible' y los 'límites a la reforma constitucional' .....	429
3.2. El 'lugar estratégico' de los jueces, la 'última palabra' y la 'supremacía constitucional' .....	436
3.3. El 'garantismo', los 'derechos fundamentales' y la 'principlística' .....	444
3.4. Derrotabilidad de las normas, ponderación e interpretación constitucional.....	449
3.5. La 'separación de poderes', 'independencia judicial' y la tensión entre el 'constitucionalismo y la democracia' .....	453
3.6. Las teorías del 'diálogo pasivo judicial': una defensa del control judicial en medio del 'diálogo interinstitucional' .....	460
3.6.1. La influencia de BICKEL acerca de las 'virtudes pasivas' en la teoría del 'diálogo judicial' como 'autocontención' .....	466
3.6.2. La teoría del 'diálogo pasivo' entre el 'minimalismo' y el 'activismo judicial' .....	474

### Parte III

#### ¿EXISTE 'RECEPCIÓN Y TRASPLANTE' DEL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO EN COLOMBIA?

##### CAPÍTULO 1

#### LA 'DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA' Y SU USO EN LA POLÍTICA COLOMBIANA EN LOS SIGLOS XIX-XX

1. Un argumento general para comprender la entrada de la dificultad contramayoritaria a Colombia .....	488
2. La Corte Suprema y su trasegar histórico en medio del poder del Ejecutivo.....	494
3. El desequilibrio de poderes a través del poder presidencialista en Colombia en el siglo XIX y parte del XX .....	502
3.1. Los rezagos de la tradición presidencialista: algunos hechos sociales y políticos a partir de 1886.....	508

- 3.2. Un ejemplo más para explicar el contexto político y jurídico a finales del siglo XIX y durante el XX: la Ley 153 de 1887 y el contexto académico .....513
- 3.3. El sentido de la ley y su interpretación a partir de la Ley 153 de 1887 .....520

## CAPÍTULO 2

## LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA EN LA ACADEMIA LOCAL Y EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL A FINALES DEL SIGLO XX Y LO QUE VA DEL XXI EN COLOMBIA

1. La 'judicialización de la política' y de la democracia en Colombia en el nuevo rol de la Corte Constitucional ..... 534
- 1.1. Los 'escépticos del control judicial' en el constitucionalismo .....547
2. La 'dificultad contramayoritaria' en el discurso de la Corte Constitucional ..... 552
- 2.1. Algunos derechos que explican la posibilidad del nacimiento de la DCM en la Corte Constitucional .....554
3. Desbloqueando los debates entre los parlamentos y los jueces: una apuesta por una teoría del diálogo judicial más amplia ..... 563
4. El déficit democrático en medio del debate entre las necesidades básicas y la escasez de recursos: sobre la necesidad de un diálogo tardío..... 571
- 4.1. El debate entre economistas y abogados en cuestiones de políticas públicas.....577
- 4.1.1. Los argumentos en contra de la intervención judicial en materia económica .....579
- 4.1.2. ¿Cómo responder a las críticas 'contramayoritarias' en materia de políticas públicas a partir de la 'separación de poderes' y del 'diálogo interinstitucional'? .....586
5. El juez de las políticas públicas en el Estado de Cosas Inconstitucional por medio de las 'sentencias dialógicas' o los 'casos maduros' ..... 604
- 5.1. El avance del debate acerca del homosexualismo: el matrimonio igualitario como madurez del asunto constitucional.....613

6. El debate entre las Cortes y el Ejecutivo en el contexto posconstitucionalista: un énfasis sobre la figura de la reelección y la 'sustitución de la Constitución' .....621
- 6.1. Algunos enfrentamientos de las Cortes y los Presidentes posconstitucionalistas ..... 622

## Parte IV

### LA 'DEMOCRACIA DE LOS JUECES': LA 'RAMA MENOS PELIGROSA' COMO PODER PRODEMOCRÁTICO

#### CAPÍTULO 1

##### UNA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DEMOCRACIA A LA LUZ DE UN DIÁLOGO DE PODERES

1. La *judicial review* como medio para alcanzar la 'judicialización de la democracia': a propósito del 'constitucionalismo democrático' .....646
2. Reconceptualizando a la democracia: la 'democracia asociativa' como un primer presupuesto para la 'democracia de los jueces' .....656
- 2.1. La 'democracia social', un juez más allá de los derechos fundamentales ..... 668
3. La 'democracia colaborativa' de los jueces, una superación del 'modelo de la agencia' .....673
4. La democracia judicial como 'argumentación representativa' ..... 683

#### CAPÍTULO 2

##### APÉNDICE

##### LOS JUECES COMO COLABORADORES O AUXILIARES DE LA DEMOCRACIA: UNA 'JUDICATURA PRODEMOCRÁTICA' PARA LA TEORÍA JURÍDICA-CONSTITUCIONAL

- Los jueces como colaboradores o auxiliares de la democracia: una 'judicatura prodemocrática' para la teoría jurídica-constitucional .....691

#### CONCLUSIONES

- Respondiendo algunas preguntas y la hipótesis de la investigación .....701

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia..... 709