



ADVOCATUS



ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN

Diálogos con Andrés Botero*:

CONVERSANDO EN TORNO A PROBLEMAS
FUNDAMENTALES DEL CONSTITUCIONALISMO
COLOMBIANO

Andrés Botero Dialogues:

*TALKING ABOUT FUNDAMENTAL PROBLEMS
OF CONSTITUTIONALISM COLOMBIAN*

RESUMEN

El profesor Andrés Botero es actualmente uno de los principales referentes del pensamiento jurídico en Colombia. Autor de múltiples artículos y libros sobre teoría general del Derecho, cultura jurídica, entre otros. Reconocido por sus innovadoras investigaciones en la ius historia, ius filosofía y el Derecho en la literatura. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, además de contar con diversos posgrados en universidades nacionales e internacionales. Actualmente se desempeña como docente e investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Con ocasión al lanzamiento de su libro *Tolerancia y derecho* y a propósito del reciente Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica realizado en Ecuador, se realizó esta entrevista, para aclarar tópicos referentes.

Palabras clave:

ABSTRACT

Professor Andres Botero is now one of the premier legal thinking in Colombia. Hi's author of numerous articles and books on general theory of law, legal culture, among others. Recognized for his innovative research in the ius history, philosophy and law ius in literature. Doctor of Laws from the University of Buenos Aires, in addition to various graduate programs in national and international universities. He is currently teaching and research full time at the law school of the University of Medellín. On the occasion of the launch of his book *Tolerance and right* and by the way the recent International Seminar on Philosophy of Law and Legal Argument held in Ecuador, this interview, to clarify related topics.

Keywords:

CARLOS LASCARRO

DIEMER LASCARRO

LEONEL MARTÍNEZ

Estudiantes de Derecho e investigadores del Grupo INVIUS de la Universidad del Atlántico. Fundadores del Ciclo de Conversatorios: Debates postergados de Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho. leo-mce@hotmail.com

Recibido:

24 de abril de 2012

Aceptado:

31 de mayo de 2012

INTRODUCCIÓN

Con ocasión al lanzamiento de su libro *Tolerancia y derecho* y a propósito del reciente Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica realizado en Ecuador, donde el profesor Botero fue invitado especial, tuvimos la oportunidad de conversar con él, para que respondiera algunas de nuestras inquietudes sobre el origen del constitucionalismo colombiano, los problemas fundamentales de la Constitución del 91 y algunos temas relevantes de teoría constitucional.

Las renovadas y agudas críticas hacia el neoconstitucionalismo, del cual la Constitución colombiana hace parte, exigen –paralelamente– análisis y diagnósticos de mayor hondura, en los que se evalúe y contraste las premisas contenidas en la Carta Política, e incluso se cuestionen los fundamentos mismos que dieron origen a su fundación. Esta entrevista constituye una interesante reflexión sobre los cimientos del constitucionalismo colombiano, con el propósito de aproximarnos a las verdaderas falencias del texto superior, pero sobre todo una preocupación por la ausencia de legitimidad en el sistema institucional. A continuación la entrevista.

1. LLL:¹ Profesor Botero, siguiendo al gran –y al parecer olvidado– Valencia Villa, quien en

su libro *Cartas de batalla*² identifica al constitucionalismo como un campo de batalla política, en donde el reformismo constitucional es entendido como aquel dispositivo ideológico enderezado a prevenir el cambio social, ¿cree usted que la Constitución de 1991 es una *carta de batalla* más, es decir, opera en la misma dinámica: un constitucionalismo como contendor de la realidad?

Andrés Botero: Bueno, habría que matizar el concepto de “campo de batalla” en el marco constitucional colombiano. No se puede reducir este concepto a una forma de limitar el “cambio social”. Lo que quería decir el maestro Valencia, a mi modo de ver, es que el proceso constitucional –especialmente en el siglo XIX– era un botín de guerra al servicio del vencedor para doblegar, desde la Norma Fundamental, al vencido. Además, el concepto mismo de “cambio social” es muy ambiguo pues implica conceptos morales y políticos relativos. Cuando se hace una Constitución para oprimir a la oposición, ¿eso no es una medida que propicia un cambio social favorable al vencedor?, ¿es posible considerar lógicamente que solo hay “cambio social” cuando el cambio es progresista en el tema de los derechos?, ¿pero acaso muchos dictadores no se han considerado –o no han sido considerados– como progresistas? Hay que ser más cuidadosos con el uso lingüístico y sus funciones morales y políticas dentro del Derecho. Incluso, en Sociología, el concepto mismo de cambio ya salió del campo de las valoraciones políticas.

1. Por razones estéticas, nos vimos coaccionados a crear una abreviatura que incluyera algún dato de los autores. Por tanto, las tres LLL corresponden a una abreviatura de los tres autores: la primera a Carlos Lascarro, la segunda a Diemer Lascarro, y la tercera a Leonel Martínez.

2. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1986.

Ahora, frente a la Constitución de 1991, no creo que esta caiga en la lógica de vencedor-vencido, aunque tampoco le es completamente ajena. El narcotráfico, por decir algo, logró que se prohibiera la extradición. El neoliberalismo logró dejar cierta huella en la Carta. Entonces, la Constitución de 1991 no puede ser analizada bajo la luz de un solo concepto o categoría pues implicaría una reducción inacceptable de la complejidad.

Eso sí, de la Constitución de 1991 resalto aspectos positivos y negativos. Entre los primeros cuento la parte dogmática y la acción de tutela, así como la instauración de la Corte Constitucional, entre muchas otras cosas. Entre lo negativo, resalto el mal diseño del sistema electoral y del régimen de los partidos, así como el haber permitido al Congreso que modificase la Constitución con la facilidad con que lo ha hecho. No puedo perdonarle a la Constitución el que hubiese confiado en que se produciría una renovación –no solo generacional sino también ideológica– en el Congreso. No es que el tema del Congreso haya sido el único tema fallido de la Constitución, hay otros, pero es el más visible especialmente en nuestro siglo XXI.

2. LLL: Existe una preocupación central en nuestro grupo de Teoría Crítica Constitucional, pues consideramos que con la instauración de la Constitución de 1991 en Colombia, se ha desplegado todo un movimiento que ha sofisticado el lenguaje constitucional, hasta el punto de hacerlo solo legible para los pontífices (juristas, magistrados, jueces), con ello el pueblo se distancia de la Constitución,

¿significa esto una reducción de la democracia, un aplastamiento de la categoría pueblo, un grito silencioso de ¡apártate pueblo!? O, ¿será que estamos “disfrutando” lo que Žižek³ llama realidad virtual, es decir, un producto despojado de su sustancia: democracia sin democracia (pueblo)? ¿No le podríamos denominar a esto neoconstitucionalismo virtual (izado)?

AB: La expropiación del derecho a las comunidades empezó mucho antes. Desde el siglo XVIII se veía ese afán, que tomó consistencia en el siglo XIX y se afianzó como nunca en el XX. Entonces, la exclusión de las comunidades (grandes actores en lo jurídico en el Antiguo Régimen) no es algo que se le pueda achacar a la Constitución de 1991. Esta sigue esa tendencia de juridificar el Derecho, de volverlo un saber erudito o especializado. Pero comparto el criterio de que la Constitución, al volverse saber experto, implica una serie de enunciados que solo los intermediarios o nuevos sacerdotes pueden interpretar para las comunidades (algo más tangible que “pueblo”). Claro está que podría pensarse en esto como un proceso perverso, no obstante, como en todo, hay cosas buenas o malas. Las comunidades como dueñas del Derecho generan riesgos sistémicos: poca precisión conceptual en la terminología jurídica, la posibilidad de que gobernantes populistas dominen el Derecho a su antojo, etc. La Corte Constitucional, por su esencia, es un órgano contra-mayoritario lo que le ha generado fuertes

3. Postura explícita en Slavoj Žižek. *El espinoso sujeto: El centro ausente de la ontología política*. Editorial Paidós, 2001.

críticas: ¿cómo un pequeño grupo de juristas deciden para toda la población qué entender por un derecho fundamental? Pero esto se ha justificado en experiencias históricas donde la población guiada por políticos mesiánicos ha cortado los derechos de tajo. Entonces, ¿no podríamos hablar de combinar la democracia con la aristocracia? Tal vez ya no estemos en la edad de los modelos puros, sino de saber hacer razonables mezclas que aumenten los beneficios y reduzcan (no eliminen, pues esto es algo imposible) los riesgos.

3. LLL: ¿Qué perspectiva le merece la propuesta del constitucionalismo popular norteamericano (Waldron, Kramer, por citar algunos y sin ignorar sus distintos matices) acerca de arrebatar la democracia del(os) tribunal(es) constitucional(es) y estatuir la en el pueblo, ¿cómo se constituye una categoría como pueblo en países marginados como el nuestro: un sujeto político subordinado, por no decir inexistente?

AB: El concepto de pueblo es tan vago que permite que en nombre de él se justifique cualquier acción. Y esto no es nuevo. Basta ver las críticas que se le hicieron a los jacobinos sobre qué entendieron estos defensores de la soberanía popular por “pueblo”. Este concepto puede ser tan metafísico como creer en la inmortalidad del alma. Agrego, además, que hay experiencias históricas, incluso en naciones con buenos antecedentes culturales (Alemania), donde se han justificado barbaridades en nombre de un pueblo soberano, pueblo entendido según el querer de la época como raza, movimiento político, etc.

Pero esto no significa que los tribunales constitucionales no son riesgosos. Pues claro que lo son. Por ejemplo, en Colombia, basta con que haya cinco magistrados corruptos, negligentes o incompetentes para que todo se vaya a la basura (cinco ya son mayoría en una institución de nueve). Y esto es un riesgo muy posible. ¿Se imaginan ustedes qué habría pasado si un Presidente logra interferir el nombramiento de los magistrados logrando que haya cinco amigos suyos en el tribunal constitucional? La pesadilla de Lambert (el gobierno de los jueces) sería una realidad. Pero a pesar de este altísimo riesgo, ¿no hay un riesgo aún mayor en eliminar los tribunales constitucionales? ¿Quién actuaría de contrapeso frente a las mayorías? No es conveniente hablar, pues, de dicotomías irreductibles (como sería pensar en una de dos opciones: tribunal constitucional o gobierno mayoritario), sino de articularlos de forma tal que se sirvan de contrapeso, pues un tribunal constitucional sin límites es tan peligroso como un país sin tribunal constitucional.

4. LLL: En ese mismo sentido, ¿qué opinión le merece la reflexión del profesor Sanín⁴, según la cual, el neoconstitucionalismo es el último y más desesperado intento reaccionario de una academia vendida al proyecto moderno-occidental para restaurar el orden de las cosas y volver a una realidad donde la Constitución

4. Entrevista a Ricardo Sanín por los presentes entrevistadores. Publicada en la *Revista Refundación*, 2012: http://www.refundacion.com.mx/revista/index.php?option=com_k2&view=item&id=380:discusiones-sobre-teor%C3%ADa-cr%C3%ADtica-constitucional-entrevista-a-ricardo-san%C3%ADn&Itemid=119

protege los privilegios de unos pocos y garantiza la sumisión democrática del pueblo?

AB: En parte lo dicho por el querido colega Sanín es cierto, pero no hay por qué radicalizarnos. Es cierto que el neoconstitucionalismo implicó una postura política de la academia, pues según los pactos implícitos en Europa, el tribunal constitucional estaría conformado por académicos. El académico está exento, en principio, de las luchas partidistas, por lo que sería un buen contrapeso a las mayorías. Además, el prestigio del académico no depende sobremanera de las apreciaciones políticas de las mayorías. En este sentido, es preferible académicos en un tribunal constitucional que políticos. Pero el académico no es un ángel, pues en él se la juegan también ideologías, buenas o malas. Además, esto podría suponer una forma de eliminar la actitud crítica del académico al vincularlo en la defensa de un proyecto político constitucional. Pero insisto: en el campo humano es imposible estrategias de construcción de lo público exentas de riesgos. Se trata, entonces, de escoger lo preferible y disminuir sus riesgos.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo implica un aumento de la incertidumbre tanto del lenguaje jurídico como de la expectativa de gobernanza. En el neoconstitucionalismo, por decirlo de alguna manera, cualquier cosa es posible. Con base en principios vagos rellenados por una aún más difusa ponderación, se puede llegar a conclusiones de todo tipo. El tema del aborto es un buen ejemplo, pues con base en los principios se puede llegar a todo tipo de respuestas. Así las cosas, en el

neoconstitucionalismo se pueden ocultar tanto preferencias positivas como negativas desde mi valoración moral. Y, efectivamente, tal como lo sostiene el profesor Sanín, es fácilmente verificable cómo en esta posición académico-constitucional se camuflan intereses que él califica agudamente de reaccionarios. Pero también hay que decir que gracias a dicha vaguedad se ha logrado relativizar el perentorio mandato de las reglas en especial cuando estas son claras en estatuir mandatos que atentan contra ciertas perspectivas morales o políticas. Incluso, han existido también casos donde basados en el neoconstitucionalismo se ha podido llevar al Derecho temas que nuestro Congreso nunca habría permitido plantearlos como normas: aborto, uniones de parejas homosexuales, eutanasia, derecho a la salud, etc.

La pregunta es qué tanto podemos soportar la vaguedad cuando tras ella se puede esconder el enemigo, aunque en ciertos casos ella nos pueda ser útil.

Agrego, para finalizar, que en Estados Unidos los liberales se identifican constantemente por atacar una Suprema Corte que ha estado más del lado del conservadurismo. En Colombia, por el contrario, la mayoría de los liberales ha defendido el tribunal constitucional, pues consideran que el conservadurismo perverso se esconde en el régimen presidencial y parlamentario. Esto pone en evidencia que todo juicio debe contextualizarse previamente.

5. LLL: Aparte de su investigación sobre la neurosis obsesiva del Derecho antioqueño en

el siglo XIX con los caminos⁵, ¿en que otro fenómeno jurídico-político se puede diagnosticar la aplicación de alguna categoría psicoanalítica, donde el síndrome normativo y la eficacia simbólica dominan el ambiente?

AB: En muchísimos. Creo que es una característica generalizada del Derecho en países con democratización débil. Es común la expedición de normas que solo buscan vigencia pero no eficacia, normas que se repiten constantemente en el tiempo para generar, entre otras cosas, la sensación de gobernanza cuando en verdad no hay gobierno legítimo (esto es, un gobierno que es acatado no solo por miedo sino por convicción política de que cumple bien su labor). Las normas de orden público son un claro ejemplo de ello. Igualmente en el tema penal y procesal penal (¿cada cuándo asistimos a reformas procesales y penales que prometen lo mismo: derrotar la criminalidad?).

6. LLL: Finalmente maestro, ¿en qué proyectos académicos está trabajando y qué viene ahora para usted?

AB: En primer lugar, yo tengo algunas bases claras que aplico a mis proyectos y escritos, y otras que ando en proceso de clarificación. Entre los puntos que tengo claros está mi postura-base construida en torno a la teoría sistémica y la teoría de la complejidad. Igualmente, intento ser una persona moderada (con todo lo que implica analítica y moralmente la

concepción de la *mesotés* aristotélica: la búsqueda de la moderación y los puntos medios). Esto está asociado profundamente a mi búsqueda (científica y personal) de la tolerancia como motor de lo público (este tema ya lo he trabajado en varios textos). Esto me lleva a ser un matizador por excelencia, alguien que cree que no se debe radicalizar ni usar la ciencia para hacer juicios perentorios. Hay que matizar (principal labor de un científico crítico) al radical, tanto en la política como en la academia (por no decir también que en lo personal).

Claro está que esto es navegar contracorriente puesto que hacemos parte de una cultura que privilegia a los exagerados y radicales, y que condena a los moderados. Igualmente, reivindicó la necesidad de separar, hasta donde sea posible, la expectativa político-moral de las mayorías dominantes y las del propio investigador, de lo que se investiga. Agregó que constantemente denunció, fruto de mi labor de matizar, el exagerado primer centrismo de casi todos mis colegas: ¡qué afán por comentar, como si así los fueran a integrar, los debates académicos que se hacen en los centros hegemónicos! Basta ver la bibliografía de la mayoría de los trabajos académicos para ver que no pasamos, por lo menos en el campo de la Filosofía del Derecho, de comentar, casi acríticamente, debates en los cuales, salvo algunos casos muy excepcionales, no estamos invitados. Y justo esto me lleva a otro punto fundamental en mi compromiso ético en la academia: trabajar en redes de amigos. Hay que abandonar los criterios solipsistas que consideran que la academia es una cuestión

5. BOTERO, Andrés. La neurosis obsesiva del Derecho antioqueño en el siglo XIX: Los caminos. *Revista Diálogos de Saberes*, Universidad Libre de Colombia, 2005.

de hombres solos y recelosos. La academia se construye en comunidades, pero para entrar a esas comunidades antes que nada es necesario una profesión filial, de amistad y comprensión mutuas, que permitan el trabajo conjunto. Estoy convencido, más allá del deseo, que quienes logren articularse a comunidades de amigos que se respeten mutuamente dentro del trabajo conjunto, logran el éxito académico.

En este sentido, con las bases ya descritas, estoy trabajando en estos momentos en dos campos disciplinares: Historia del Derecho (especialmente los temas del Derecho aplicado por los jueces en el siglo XIX) y Filosofía del Derecho (en Literatura y Derecho, en historia de las ideas iusfilosóficas y mi crítica matizadora constante a las teorías dominantes –como el neoconstitucionalismo–). Pero pensando a corto plazo, en lo que estoy escribiendo justo en estos momentos, tengo cinco textos en construcción:

1. Un análisis de la influencia de la Constitución de Cádiz (1812) en el constitucionalismo neogranadino.
2. Un estudio crítico de la teoría de Nussbaum sobre la vinculación necesaria entre literatura y buen Derecho.
3. La transición entre Antiguo y Nuevo Régimen en el Derecho aplicado por los jueces en el siglo XIX.
4. Un análisis histórico y filosófico del valor del juramento en el proceso judicial.
5. Un estudio de la evolución del judicial *review* en Colombia, con énfasis en el siglo XIX.

Como podrán ver, dentro de mi plan de trabajo para el 2011-2012, habría un gran énfasis en lo iushistórico, motivado especialmente por el gran número de eventos en esta disciplina con ocasión de los diversos bicentenarios. Pero mi plan de trabajo 2013-2014 será más iusfilosófico.

Barranquilla, Colombia.

