

LA FUERZA NORMATIVA DEL CROWDLAW: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y SU IMPORTANCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Sergio Andrés Morales Barreto^{1, 2, 3}

Abstract

El tema de la presente tesis de Maestría es abordar los efectos de la implementación del Crowdlaw en los procesos de creación normativa en el Congreso de Colombia. Concretamente, se busca determinar cómo influiría la implementación de los mecanismos de colaboración abierta legislativa en el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional sobre las leyes en Colombia. Se sostiene que al implementar el CrowdLaw en el procedimiento legislativo, se disminuyen las posibilidades de que se declare la inexecutable de las leyes en el marco del control constitucional abstracto que ejerce la Corte Constitucional sobre éstas. Para desarrollar el objetivo planteado (i) se realizará una breve introducción al tema, (ii) se identificarán los elementos centrales del Crowdlaw y su incidencia en el fortalecimiento de la democracia, (iii) se explicará la relación entre el trámite legislativo y la fuerza normativa de las leyes y (iv) se explorará la relación entre la fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional.

Palabras clave: Crowdlaw, democracia, trámite legislativo, control de constitucionalidad, Fuerza normativa.

¹ Candidato a Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Correo sergio.morales1@unisabana.edu.co, andresbarreto08@gmail.com

² Con amor para mis sobrinos Anthony Joaquín y Lorenzo Martín Milan. *In memoriam*

³ Agradezco a mi director de Tesis; Vicente Fabián Benítez Rojas, por su tiempo, acompañamiento y enseñanzas realizadas para desarrollar este escrito. Al director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de la Sabana; Fabio Enrique Pulido, por apoyar este proyecto. A los profesores Carlos Bernal Pulido, Luciano Damián Laise, Pablo Rivas Robledo, Antonio Alejandro Barreto Moreno y Sergio Severiche Velázquez por sus comentarios y enseñanzas aportadas para el desarrollo de esta tesis. A los miembros del semillero de investigación Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional especialmente a Gabriela González, Sofía Díaz y Daniela Neira. A mis compañeros de clase, Emma Sofía, Diana, Liliana y Gustavo. Gracias a Elizabeth Barreto, por todo.

Contenido

LA FUERZA NORMATIVA DEL CROWDLAW: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y SU IMPORTANCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES	0
<i>Abstract</i>	0
Introducción	2
1. CROWDLAW Y SU INCIDENCIA EN EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA.	5
1.1 Definición del Crowdlaw o colaboración legislativa abierta	5
1.2. Democracia como sistema político: Nociones y fundamentos.....	12
1.3. Crowdlaw y democracia	16
2. Trámite legislativo y fuerza normativa de las leyes	21
2.1. El trámite legislativo colombiano.	21
2.2. El CrowdLaw en el trámite legislativo colombiano.....	23
2.3. Fuerza normativa de la ley: Escenario de formación y escenario de contenido en un contexto de implementación del CL.....	30
3. Fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional.	34
3.1. El control de constitucionalidad en Colombia.	34
3.2. Efectos de que las normas sean declaradas inexecutable: ¿Tensión entre democracia y constitucionalismo?.....	40
3.3. La fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional.	44
REFERENCIAS.....	49

Introducción

En los últimos años ha surgido un movimiento global que confía en el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para fortalecer la legitimidad democrática en la toma de decisiones políticas. Este movimiento propende por la colaboración abierta, mediante el uso de TIC, entre distintos sectores de la ciudadanía y los órganos encargados de la creación de normas jurídicas. El movimiento de colaboración abierta (o CrowdLaw por su nombre en inglés) defiende que deben implementarse las tecnologías necesarias para propiciar que los ciudadanos interactúen de manera directa con las autoridades públicas en el proceso de creación normativa, y, de esta manera, las TIC se conviertan en una herramienta para el fortalecimiento de la democracia a través de la generación de espacios de participación ciudadana (Noveck, 2018; Noveck et.al, 2020).

En contraste con los postulados descritos, parece ser que la dinámica de creación normativa en Colombia se está quedando atrás frente a la implementación de nuevas tecnologías de la información, que bien podrían aportar en la pertinencia y calidad de las normas que se expiden al interior del Congreso de la República. Pues si bien en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, el poder Ejecutivo adoptó medidas para que los congresistas sesionaran de manera virtual (Decreto 491, 2020), no se trató de una manifestación de Colaboración Abierta en la medida en que no se incluyó de manera directa a la ciudadanía en dicho ejercicio.

Además, es importante recordar que pocos meses después de haberse expedido dicho Decreto, la Corte Constitucional declaró su inexecutable con fundamento en que, por una parte, dicha autorización era innecesaria y, que en todo caso, en el marco de la democracia colombiana los espacios presenciales legislativos son la regla general del trámite de creación normativa,

refiriéndose al rol de los que ostentan el cargo de Senador o Representante a la Cámara en el contexto institucional colombiano y no, a un ejercicio de Colaboración Abierta.

Lo anterior da cuenta de que, por un lado, no ha habido en Colombia un ejercicio de CL en materia legislativa⁴, que generase pronunciamientos al respecto por parte de la Corte Constitucional, lo cual deja abierta la posibilidad de explorar las bondades o inconveniencias de una posible implementación del CL en el trámite legislativo colombiano, teniendo presente que el principio democrático sigue siendo un valor que el sistema constitucional protege celosamente.

De acuerdo con esto, la presente tesis se fundamenta en la necesidad de explorar los beneficios que puede traer la implementación de las TIC para la democracia colombiana, teniendo en cuenta el contexto global altamente dominado por la tecnología en el que nos encontramos, la pérdida de legitimidad institucional que aqueja de manera especial al Congreso de la República (Castellanos, 2008) y el activismo judicial que ha protagonizado la Corte Constitucional desde su creación (Vásquez, 2016). Pues como se verá en el desarrollo de esta investigación, se espera que con la implementación del CrowdLaw en los procesos de creación legislativa se pueda ver fortalecida la fuerza normativa de las leyes y, a partir de ello, se vea mejorada la legitimidad de las instituciones y de las normas jurídicas que éstas expiden, así como disminuido el activismo judicial por parte de la Corte.

⁴ Si bien es cierto que el proceso a través del cual se gestó la Constitución Política de Colombia de 1991 estuvo marcado por un ejercicio democrático directo y deliberativo sin precedentes en la historia de Colombia (Santacruz Salazar, 2021), no puede afirmarse que se trató de un ejercicio de CrowLaw, toda vez que esta propuesta tiene su base en el uso de la tecnología *digital* al servicio de la inteligencia colectiva (Alsina & Marti, 2018, p. 340) y no simplemente en formas de tecnologías anteriores como lo es la analógica, la cual era, precisamente, el tipo de tecnología que aun imperaba para la época y de la que se valió el proceso que dio lugar a la séptima papeleta y a la posterior Asamblea Nacional Constituyente (Argemiro, 2021).

Así las cosas, esta tesis de maestría propone responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo la implementación de los mecanismos de colaboración abierta legislativa afectaría el control de constitucionalidad abstracto de las leyes en Colombia? Se demostrará que al implementar el CrowdLaw en el procedimiento legislativo colombiano, se disminuyen las posibilidades de que se declare la inexequibilidad de las leyes en el marco del control constitucional abstracto que ejerce la Corte Constitucional sobre éstas.

De acuerdo con ello, en esta investigación se pretende determinar cómo influiría la implementación de los mecanismos de colaboración abierta legislativa en el control de constitucionalidad abstracto que la Corte Constitucional ejerce sobre las leyes en Colombia. Para lograrlo, (i) se identificarán los elementos centrales del Crowdlaw y su incidencia en el fortalecimiento de la democracia, (ii) se explicará la relación entre el trámite legislativo y la fuerza normativa de las leyes y (iii) se explorará la relación entre la fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional.

Para lograr dar respuesta a los objetivos planteados, se utilizará una metodología mixta basada en la lectura y análisis de las experiencias de CrowdLaw que ha habido alrededor del mundo, seguido de un análisis teórico sobre democracia como forma de gobierno, con el fin de determinar los elementos centrales del CrowdLaw y su relación con ella. Igualmente, se hará un análisis del marco jurídico que rige la creación normativa en Colombia y el ejercicio del control constitucional abstracto que realiza la Corte Constitucional sobre las leyes en Colombia, a través de lo cual se busca ir más allá de los hechos y problemáticas relevantes alrededor de ambos temas y se exploran las razones por las cuales el Crowdlaw podría llegar a incidir en el análisis de constitucionalidad que la Corte realiza sobre las leyes.

Atendiendo a los objetivos planteados, el presente escrito se divide en tres capítulos, con sus correspondientes subtítulos: En el primer capítulo se identificarán los elementos centrales del Crowdlaw y su incidencia en el fortalecimiento de la democracia; en el segundo capítulo se explicará la relación entre el trámite legislativo y la fuerza normativa de las leyes y en el tercer capítulo se explorará la relación entre la fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional en Colombia, terminando con un apartado de conclusiones.

1. CROWDLAW Y SU INCIDENCIA EN EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA.

1.1 Definición del Crowdlaw o colaboración legislativa abierta

El Crowdlaw (en adelante CL) es un proceso de creación normativa flexible, ágil y en constante cambio, el cual, mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones pretende involucrar a los ciudadanos de manera directa en los procesos de toma de decisiones de la vida pública, en particular, en los procesos de creación legislativa y producción de políticas públicas a nivel local y nacional.

Desde esta concepción, el CL guarda una estrecha relación con el ideal de legitimidad y calidad que se espera que tengan las decisiones tomadas por los actores políticos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues con su implementación se busca que las personas puedan involucrarse de manera real y efectiva en la toma de decisiones que afectan de manera general a la sociedad en la que están inmersos, apersonándose del rumbo que debería tomar la comunidad

de la que hacen parte. Por esto es por lo que se sostiene que el CL no solo busca aumentar la participación de la ciudadanía en el trámite legislativo, sino que también busca aumentar dicha participación en diferentes escenarios en los que tenga lugar discusiones alrededor de las necesidades institucionales y sociales de una nación (Noveck, 2018), lo cual abarca también, como se ha dicho, los procesos de gestación de las diferentes políticas públicas.

El CL aplicado al ejercicio legislativo, tiene como objetivo la creación de leyes de forma colaborativa y descentralizada, es decir, mediante la cooperación directa de las personas habilitadas para ejercer sus derechos políticos, permitiendo el intercambio de ideas de manera libre y organizada por lo que podemos decir que el CL busca maximizar la democracia deliberativa mediante el uso de espacios digitales al momento de crear leyes a través de los procesos vigentes para ello.

El CL ha sido un fenómeno que ha tenido lugar en diferentes lugares y contextos desde hace ya varios años, sin embargo, no fue hasta la segunda década del siglo XXI que el término se empezó a usar y a llamar la atención de los estudiosos de la política y el derecho. Desde los años 80 se han podido evidenciar medidas legislativas relacionadas con estas características que buscaron aportar en la formulación y toma de decisiones públicas (Bernal, 2018). Por ejemplo, en Latinoamérica han existido varias experiencias de colaboración abierta que han tenido resultados positivos (Moraes Azenha, 2019; GovLab, s.f.). Dentro de estas se destaca la experiencia de Brasil cuando la asamblea constituyente de 1988 se esforzó por hacer el proceso de creación constitucional lo más abierto posible, fomentando la participación de todos los sectores de la sociedad civil (Rosenn, 2010). Se crearon las “reformas populares”, las cuales permitían a grupos significativos de ciudadanos presentar iniciativas constitucionales que toda la asamblea constituyente debía considerar y debatir, siempre y cuando la iniciativa estuviera respaldada al

menos por 30.0000 firmas autenticadas. Adicionalmente, se exigía que los comités dedicaran entre cinco y ocho sesiones a escuchar a representantes de diversos sectores sociales brasileños y que todas las propuestas de cualquier organización civil fueran automáticamente radicadas en los diferentes subcomités para ser discutidos (Rosenn, 2010).

Más adelante, el mismo país dio otro ejemplo de CL en el Marco Civil da Internet (Brazil) el cual establece los principios, garantías, derechos y obligaciones para el uso de Internet en Brasil. Para desarrollar esta iniciativa se comenzó con una propuesta desde la academia y se abrió una serie de convocatorias abiertas para que los ciudadanos participaran en la regulación de internet. En principio se recibieron más de 800 contribuciones sustantivas, entre comentarios, correos electrónicos, borradores alternativos y referencias. Luego de un proceso de debate público y de integración el proyecto fue aprobado por el congreso y el ejecutivo bajo el número de ley 2126/2011.

No obstante, es hasta septiembre de 2014 cuando se acuña por primera vez el término CrowdLaw. Esto lo hace el Laboratorio de Gobernanza de la Universidad de Nueva York en el marco de una conferencia internacional que reunía funcionarios vinculados a parlamentos de todo el mundo y cuya finalidad era explorar mecanismos de participación ciudadana a través de herramientas digitales (Alsina & Martí, 2018). Unos años después, en marzo de 2018, este Laboratorio convocó a un grupo de 20 expertos internacionales de diversas disciplinas para discutir los retos, oportunidades y el futuro del CrowdLaw. El resultado final de esta conferencia fue el “*CrowdLaw Manifesto*”, cuyo objetivo principal es impulsar el diseño, implementación y evaluación de nuevas prácticas para integrar al público en la elaboración de políticas públicas usando la tecnología y generando un proceso de aprendizaje y colaboración colectiva.

En esta iniciativa se define al CL

Como cualquier proceso legislativo, ejecutivo o de toma de decisiones públicas que ofrece una oportunidad significativa para que la ciudadanía participe en una o múltiples etapas del proceso de toma de decisiones, incluyendo procesos de identificación de problemáticas, identificación de soluciones, elaboración de propuestas, ratificación, implementación o evaluación, entre otros posibles (...) hace uso de procesos y tecnologías innovadoras y abarca diversas formas de interacción entre los representantes electos, funcionarios públicos y aquellos a quienes representan.” (Laboratorio de Gobernanza de la Universidad de Nueva York, 2018).

Como puede observarse, se trata de un término que abarca amplios y variados frentes de acción en la medida en que tiene su génesis mismo en *cualquier* evento público susceptible de ser permeado por un ejercicio democrático directo, con el adicional del componente tecnológico que pretende caracterizar su ejercicio.

Así pues, a partir del manifiesto de 2018, la comunidad académica tomó un particular interés por desarrollar conceptualmente el CL. Dos de las autoras más notables en esta área han sido Beth Noveck y Victòria Alsina Burgués. Esta última propone una definición un poco más robusta que integra el “*CrowdLaw Manifesto*” con otras implicaciones, características y condiciones que se hacen necesarias para delimitar su concepto:

El CrowdLaw es la simple pero poderosa idea que defiende que los parlamentos, gobiernos e instituciones públicas trabajan mejor cuando impulsan la vinculación ciudadana, valiéndose de nuevas tecnologías para aprovechar distintas fuentes de información, juicios y experticia en cada una de las etapas de elaboración de leyes y políticas públicas para incrementar su calidad y legitimidad. (Alsina & Martí, 2018, p.338).

En la citada conceptualización de CL se puede observar que la autora pretende detallar lo que significaría “mejorar el ejercicio de creación normativa”, pues para ella, el CL se centra en obtener experiencia, experticia e ideas en vez de simples opiniones, ya que no se trata de un mecanismo que se centre en que los ciudadanos puedan expresar su sentir, sino en una verdadera forma de reunir inteligencia colectiva encaminada a la resolución de problemas de la vida en comunidad. Es por esto, por lo que el CL hace un especial énfasis (además de ser uno de sus desafíos) en el diseño institucional necesario, no solo para que los individuos participen, sino para que esta participación sea organizada, sustancial y gestionable, con la aptitud de traducirse en una mejora palpable de la calidad y efectividad de las leyes y políticas públicas (Alsina & Martí, 2018).

Ahora bien, en este punto es importante anotar que si bien es cierto que el CL puede tener lugar en distintos escenarios de toma de decisiones públicas, como son los procesos de elaboración constitucional, legislación, política pública y decisiones judiciales (Alsina & Martí, 2018) este texto se centrará en el CL legislativo o colaboración abierta legislativa, es decir, en la participación directa de la ciudadanía en los procesos de creación, reforma o modificación de una ley, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, teniendo en cuenta el objeto de la presente investigación.

Para abordar el CL en el ámbito legislativo son esclarecedores los 5 elementos que el Doctor Carlos Bernal (2018) integra como constitutivos del CL, a saber: (i) el iniciador; (ii) la multitud; (iii) la tarea; (iv) el proceso y (v) el efecto del resultado del proceso (p.70). Si bien es cierto, estos elementos son analizados por el autor bajo diferentes contextos de creación constitucional, son elementos que bien significan el proceso mediante el cual puede tener lugar un ejercicio de CL en cualquier ámbito de toma de decisiones públicas al indicar los diferentes actores y

componentes de un ejercicio de colaboración abierta y no contenidos sustanciales específicos, pudiendo ser adaptados a distintos escenarios de gobernabilidad y creación normativa, tal y como se muestra a continuación:

- **El iniciador;** hace referencia a la autoridad competente, en este caso quien tenga iniciativa legislativa.
- **La multitud;** hace referencia a quienes participan de la medida. Bernal explica que en la multitud puede participar cualquier persona, más no solamente los ciudadanos. El argumento de Bernal se centra en que en un mundo cada vez más globalizado, la toma de decisiones puede tener una injerencia a nivel internacional y la participación de distintos puntos de vista puede ayudar a tomar mejores decisiones. Además, explica que es posible realizar dos multitudes, una de expertos y otra de personas en general. Los procesos pueden realizarse de manera separada, pero estos siempre deben ser complementarios. Ahora bien, podría preguntarse ¿si incluir a todas las personas dificultaría el trámite legislativo? La respuesta *prima facie* es no. Como se explicó, este tipo de colaboración abierta no busca que las personas expresen su sentir hacia una propuesta normativa, sino que se centra en el intercambio de ideas para solucionar problemas. Igualmente, el hecho de que todas las personas puedan participar no implica que todas deban hacerlo, por lo que dependiendo de la materia de la norma, se podrían realizar delimitaciones en este sentido con el fin de caracterizar de mejor manera la multitud que participará del ejercicio.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que una de las principales aspiraciones del CL (y también uno de sus principales retos) es maximizar el ejercicio de participación por parte de las personas que serán, en últimas, las receptoras de las normas o decisiones que

se toman en el ámbito público, lo que lleva a cuestionar la forma en la cual se podría adecuar el diseño institucional y logístico en un escenario de participación abierta legislativa, capaz de propiciar un adecuado ejercicio de participación por parte de la multitud.

- **La tarea;** Esto es lo que se busca hacer con la medida CL, es decir, en qué tarea o actividad específica consistirá su ejercicio. De acuerdo con Bernal Pulido (2018), esta tarea puede ser la votación de un contenido propuesto, la deliberación sobre los argumentos en favor y en contra de determinadas decisiones o un ejercicio de retroalimentación hacia los redactores sobre sus propuestas. Por ejemplo, las personas podrían votar por incluir nuevos artículos a una norma, o proponer alguna reforma. También, se pueden realizar foros o cabildos en los cuales los ciudadanos expresen sus ideas para que estas sean tenidas en cuenta al momento de redactar la ley o sobre la forma en la que se debería regular un tema en específico.
- **El proceso;** Es la materialización de la tarea. Es decir, ya sea el manejo que se le da a la información obtenida mediante el ejercicio de colaboración abierta legislativa, lo cual implica su recolección, análisis y sistematización a través de una herramienta tecnológica que permita gestionar y organizar adecuadamente todos los aportes e ideas obtenidas de dicho ejercicio (Bernal, 2018), o la forma en la cual se dará la interacción entre el participante y el iniciador, la cual, en todo caso, debe hacer posible que exista entre ambas partes un verdadero diálogo entorno a la tarea específica que estén realizando, dando lugar a momentos de retroalimentación e incorporación.
- **El efecto del resultado del proceso;** Los procesos de colaboración abierta tienen como resultado una sistematización de ideas las cuales, en principio, deberían ser vinculantes

para el iniciador debido a su legitimidad. Para el caso que nos ocupa, nos centraremos en la legitimidad en el sentido normativo, la cual consiste en la capacidad de generar aceptación o justificación de una norma resultante de un proceso de creación normativa (Bernal, 2018). Bernal, además expone que los procesos de colaboración abierta legislativa pueden no ser tenidos en cuenta cuando existan mejores razones que justifiquen otro actuar; y es que lo anterior es una consecuencia lógica del ámbito constitucional en el que este ejercicio de CL tendría lugar, pues dentro de esas “mejores razones” que justifiquen un actuar contra mayoritario, se ubican los casos en los que el resultado de estos procesos de CL sea inconstitucional.

De lo anterior se puede concluir que el CL se instituye como una nueva forma de participación ciudadana, en la cual se busca integrar a las personas de manera directa en los procesos de toma de decisiones de la vida pública sobre la particular base del uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. Así, esta forma de participación ciudadana se caracteriza por, al menos, la sinergia entre dos componentes principales: (i) la participación ciudadana y (ii) el uso de las herramientas tecnológicas que se tienen a disposición; es por ello que el éxito o fracaso de un ejercicio de colaboración abierta dependerá entonces de qué tan bien se logren integrar dichos componentes.

1.2. Democracia como sistema político: Nociones y fundamentos.

Desde su más básica concepción, entendemos por democracia aquel sistema de gobierno surgido en la antigua Grecia, el cual abanderó la idea de que el pueblo es quien ejerce su propia gobernanza. Sin embargo, tal consideración es abiertamente insuficiente en la tarea de esbozar una noción completa de lo que al día de hoy se entiende por democracia, pues como bien lo anota González (2009), se trata de un término que ha ido evolucionado históricamente, tanto en

su concepción institucional, como en su propio significado, siendo imposible ofrecer una única y concluyente definición de democracia que abarque todos sus matices.

De acuerdo con Lizcano-Fernández (2012) los rasgos distintivos de todo régimen democrático no se agotan en la existencia de un conjunto de personas que integran la “comunidad política”, y en su capacidad para gobernarse, sino que dicha “comunidad política” debe estar caracterizada, por un lado, como un conjunto de personas libres, y por el otro, como un conjunto de personas con capacidad de participación, en donde la segunda de estas guarda una relación de dependencia con la primera, pues la participación en política, entendida como la posibilidad de tener, proponer y debatir posturas divergentes en un entorno de respeto e igualdad, presupone necesariamente la libertad de expresión del individuo (p.155).

Adicionalmente, el autor agrega un último rasgo distintivo del régimen democrático y es el “estado de derecho” (p.156), que como bien lo afirma, se encuentra lógicamente relacionado con los dos rasgos distintivos anteriores, pues un estado de derecho supone la igualdad ante la ley y esta igualdad ante la ley, *prima facie*, implica la existencia de los medios idóneos de protección de esos derechos civiles y políticos (p.156).

Hasta aquí se ha esbozado de manera breve lo que en teoría política y del estado se entiende por democracia directa, que es, precisamente, la forma más cercana a ese ideal de “autogobierno” en donde los ciudadanos participan directamente, sin intermediarios y como conjunto en la conducción política de la comunidad que integran.

Por otro lado, según Sartori (1992), la democracia puede entenderse desde tres acepciones: en la primera de ellas, la democracia supone un “principio de legitimidad” (p.27) según el cual, el pueblo es quien ostenta la titularidad del poder, razón por la que todo ejercicio del poder que

tenga su origen en el uso de la fuerza es catalogado como ilegítimo, mientras que aquel ejercicio del poder mediado por elecciones libres y periódicas se encuentra legitimado (es decir, fundamentado en la voluntad popular). En la segunda acepción, la democracia se erige como un sistema político que se ocupa, tanto de la cuestión de quien posee la titularidad del poder, así como de la forma en la cual este poder debe ser ejercido; aquí es donde tienen lugar las discusiones acerca de cómo puede ejercerse este poder en sociedades con un gran número de integrantes, pues en palabras de Sartori “la democracia <<en grande >> ya no puede ser más que una democracia representativa que separa la titularidad del ejercicio para después vincularla por medio de los mecanismos representativos de la transmisión del poder” (p.28). Por último, en la tercera acepción se ve a la democracia desde un deber ser y no desde un ser, es decir, como un ideal de realización política basado en el cómo debería ser el gobierno “ideal” (pp. 28-29).

Las anteriores acepciones sirven de brújula en la búsqueda de un concepto de democracia que pueda serle fiel tanto a su construcción histórica, como a su significado intrínseco. No obstante, como bien lo afirmó el autor en cita, la idea de practicar una democracia directa parece estar condenada a vivir solo en el plano teórico y ser solo una antesala para otro tipo de democracia: la representativa, pues existe una imposibilidad fáctica de practicar una democracia directa en sociedades históricamente caracterizadas por tener un aumento demográfico exponencial.

Así pues, la democracia representativa viene a integrar al concepto más puro y básico de democracia un segundo actor: *los representantes*, quienes serán las autoridades investidas (por el pueblo) del poder para tomar las decisiones de la comunidad que integran y que dichas decisiones tengan la aptitud de ser vinculantes para todos sus integrantes. Se trata entonces, de un ejercicio en el que el conjunto de personas que integran al Estado delega su poder de decisión en uno o varios representantes, para que sean estos los que gobiernen en su nombre.

La democracia representativa ha venido funcionando entonces como una forma de gobierno en la cual el actuar del ciudadano parece “agotarse” en la elección de una persona que representará sus intereses sin ir más allá en el escenario de la vida pública, es decir, sin ocuparse de ejercer una dirección sobre el cómo dicho representante abogará por sus intereses (Lippmann, 1989). A pesar de esto, para autores como Sartori (1992) la democracia indirecta o representativa viene a instituirse no sólo en la forma práctica del ejercicio democrático en sociedades robustas, sino también en un “correctivo” necesario de la forma más pura de democracia, de acuerdo con la identificación de, por lo menos, dos ventajas (p.33): La primera de ellas consiste en que la democracia representativa supone un entramado de mediaciones que sirven de barrera a formas radicalizadas de poder; la segunda ventaja viene dada en el hecho de que con la democracia representativa se permite la flexibilización del concepto de participación, a la vez que se sigue presentando como un sistema de control y contención del poder.

Es claro entonces que para que exista un ejercicio real y “efectivo” de democracia representativa se necesita el cumplimiento de, al menos, las siguientes condiciones: (i) un régimen jurídico que reconozca y garantice los derechos civiles y políticos de las personas, (ii) un régimen jurídico que reconozca y garantice la igualdad ante la ley y (iii) un diseño institucional que permita, por un lado, la materialización de las dos condiciones anteriores y, por el otro, instituya los órganos y mecanismos idóneos para permitir la dinámica democrática, es decir, una estructura del Estado adecuada para su ejercicio (Lizcano-Fernández, 2012; Santacruz Salazar, 2021).

En el escenario político y jurídico colombiano, y sin en ánimo de ser exhaustivos⁵, encontramos en la Constitución Política de 1991 la consagración de diferentes disposiciones que van

⁵ Teniendo en cuenta los límites de este trabajo, no se pretende un análisis de exhaustividad entorno al diseño jurídico e institucional colombiano y su relación con los presupuestos democráticos.

encaminadas a cumplir con las condiciones mencionadas, por ejemplo, en la parte dogmática se declara que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (art. 13) y que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40), en cuanto a la parte orgánica, se consagraron una serie de mecanismos para hacer efectiva dicha participación política, a saber: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (art. 103).

1.3. Crowdlaw y democracia

Como vimos en apartados anteriores, el CrowdLaw se erige como toda una forma de participación ciudadana en la cual se busca integrar a las personas de manera directa en los procesos de toma de decisiones de la vida pública, a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. Lo anterior, entraña toda una revolución en la forma de concebir las democracias modernas, pues como vimos en el apartado inmediatamente anterior, parecía que la posibilidad de una forma de participación ciudadana directa en las sociedades actuales era imposible, claro está, antes de que si quiera imagináramos hasta donde podrían haber llegado los avances tecnológicos.

Hoy en día el panorama es muy diferente, con la entrada de la cuarta revolución industrial se abre un mundo de posibilidades en las cuales los avances tecnológicos pueden llegar a convertirse en herramientas a favor de los sistemas políticos y de gobierno. Sin embargo, debe quedar suficientemente claro que el CL no tiene la aspiración de llegar a reemplazar la democracia representativa y aspirar al ideal de recrear una democracia directa como la que se pensó en la antigua Grecia.

Como lo afirman Murillo-Vargas et al., (2022), el CrowdLaw surgió como una “idea de regeneración de la democracia y sus instituciones en el seno de GovLab” (p. 4), en ninguno de

sus principios se da a entender una pretensión de reemplazo del funcionamiento de la democracia actual, sino que se trata de una forma de participación que, dentro de un escenario en el que la democracia representativa es lo imperante, pretende crear espacios que permitan a las personas participar directamente, de acuerdo con los procesos específicos, en la toma de decisiones del ámbito legislativo y de gobierno.

La consideración entorno a que un adecuado ejercicio de CL implica necesariamente un fortalecimiento de la democracia es intuitiva, pues es apenas lógico que un proceso que tenga como bandera la vinculación directa de la ciudadanía en las diferentes etapas de creación legislativa y las diversas fases por las que pasa la implementación de las políticas públicas como concreción de la producción legislativa nacional, tenga la virtud de fortalecer el ejercicio democrático de un determinado sistema y, de paso, la calidad de las decisiones que se tomen en su seno.

Sobre este último punto, Aristóteles en su Libro 3 *de la Política* habló de lo que más adelante Jeremy Waldron llamaría “*the doctrine of the wisdom of the multitude*”(Waldron, 1995, p. 563).

De acuerdo con este postulado, aspectos como el conocimiento, la sabiduría práctica, carácter y pensamiento se ven potenciados cuando las personas actúan en conjunto y no individualmente, es decir, para Aristóteles, al igual que muchos es mejor que uno en términos físicos, muchos es mejor que uno en términos reflexivos (Aristotle, 2012); de acuerdo con Waldron, Aristóteles creía que las personas en conjunto podían tomar mejores decisiones que ni el más sabio podría haber tomado individualmente, gracias a la unión de todo ese conocimiento y experiencia resultante de la multitud.

Lo anterior es, precisamente, lo que se busca dar a entender cuando se afirma que el CL trata de llevar a cabo un verdadero ejercicio de inteligencia colectiva, en donde se reúnen múltiples

fuentes de conocimiento, experticia, experiencia y puntos de vista encaminados a la resolución de diferentes problemáticas de trascendencia social, económica, política, etc., todo ello, mediado por un ejercicio deliberativo de calidad.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí y teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico y político se basa en un modelo de democracia deliberativa (Álvarez et al., 2017; Santacruz Salazar, 2021), es claro que el ideal que se persigue es la concreción de procesos democráticos en los que aquellos llamados a ser los receptores de un acto del poder político puedan tener una participación activa en su ejecución y, además, ser receptores de una manifestación de poder coherente respecto a sus necesidades y clamores. Así, la posibilidad de que la implementación del CL pueda concretar un ejercicio democrático en el cual se les permita a los implicados tener una participación mediada por el intercambio de ideas, el debate y el diálogo intersubjetivo, lo circunscribe en una herramienta ideal para acercarnos cada vez más al ideal de la democracia deliberativa.

Una de las virtudes que se dice tener este modelo de democracia es que con ella se busca llegar a la toma de decisiones cada vez más legítimas (Murillo-Vargas et al., 2022), así, tal y como se mencionó en apartados anteriores, la democracia lleva implícito un componente de legitimidad. Tradicionalmente se ha entendido la legitimidad bajo dos concepciones, una descriptiva y otra normativa; en la concepción descriptiva la legitimidad es concebida como aquel principio según el cual el poder y, en este caso, las instituciones y autoridades llamadas a gobernar, se encuentran respaldadas por la voluntad popular; mientras que en la concepción normativa, la legitimidad es entendida como la justificación del poder político (Rawls, 1993), es decir, la legitimidad de una decisión se encuentra condicionada a la satisfacción de otras condiciones normativas (Murillo-Vargas et al., 2022).

Para el ámbito particular en el cual puede tener lugar el CL, que de acuerdo con el objeto de este trabajo es el ámbito legislativo, la legitimidad será entendida bajo la línea de la concepción descriptiva⁶, a saber, como aquella capacidad que se tiene de generar aceptación o justificación de una norma resultante de un proceso de creación normativa (Bernal, 2018), estando dicha justificación ubicada no en la norma propiamente dicha, sino en sus emisores, es decir, en aquellos a quienes se pretende vincular con el ejercicio del poder .

Así entonces, cuanto más se propicie dentro de un Estado escenarios en los que se permita un ejercicio democrático deliberativo y directo entre la ciudadanía y las autoridades públicas, como lo pretende el CL, se tiene que existirá una mayor percepción de legitimidad de las decisiones que se toman en el ejercicio del poder político. Como lo afirman Murillo-Vargas et al., (2022), al referirse a los principios consignados en el manifiesto elaborado por GovLab (2018):

Estos principios, delinear en forma general lo que se pretende con esta iniciativa: mejorar la forma en la que la ciudadanía participa en las diversas etapas de los procesos de toma de decisiones públicas, particularmente a través de las nuevas TIC. Lo que se traduciría en el aumento de la calidad y la legitimidad de dichas decisiones, al generar una mayor confianza en la población hacia el gobierno. (p.5).

Como evidencia de los posibles efectos en la percepción de legitimidad que dejan los procesos democráticos sobre el poder político, se tiene nada más y nada menos que lo ocurrido con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (ANC), pues recordemos que esta fue producto de un proceso en el cual la población alzó su voz de una manera sin precedentes, primero, con la

⁶Respecto a este punto, el enfoque de este trabajo deja de lado la legitimidad en su concepción normativa toda vez que desde los propios postulados del CL no se pretende afirmar que de su implementación necesariamente resulten decisiones intrínsecamente más legítimas, pues como se mencionó, esta forma de entender la legitimidad tiene más que ver con el contenido sustancial de las decisiones, normas o políticas que se adopten, que con el respaldo popular, lo cual es el efecto esperado del ejercicio democrático.

iniciativa estudiantil de convocar una ANC agregando una papeleta extraoficial a las elecciones regulares que iban a tener lugar en marzo de 1990 y, segundo, con la aprobación del más del 90% de los votantes. En donde dicha ANC se integró por personas provenientes de los partidos políticos tradicionales y de diferentes grupos y movimiento sociales, hasta de ex miembros de grupos guerrilleros que habían pactado la paz (Álvarez Estrada, 1990; Meza-Lopehandía, 2020); todos estos fueron elegidos a través de unas “elecciones nacionales, libres y democráticas” (Henoa, 1990, p. 30).

Lo interesante de este recuento es evidenciar cómo el proceso que gestó la actual Constitución colombiana estuvo no sólo impulsado, sino integrado por la ciudadanía y por una apertura bastante notable (para la época) hacia la participación de variados sectores de la sociedad distintos a los tradicionales, lo cual impregnó todo el proceso constituyente y la posterior Carta Política de una innegable percepción de legitimidad por parte de la población colombiana; como lo afirma Henoa (1990) “La Legitimidad de la Constitución colombiana es innegable. Ningún grupo o partido impuso su voluntad sino que todas las decisiones fueron por consenso, con amplia participación de diferentes grupos y movimientos políticos y sociales.” (p.37).

De acuerdo con esto, la implementación de CL en los procesos de creación legislativa tendrá una repercusión directa en el aumento de la democracia en el escenario legislativo y, en consecuencia, en el aumento de la percepción de legitimidad, no solo de las leyes que se produzcan como resultado de dicho proceso, sino en el órgano mismo del Congreso de la República.

2. Trámite legislativo y fuerza normativa de las leyes⁷.

2.1. El trámite legislativo colombiano.

Actualmente, el marco normativo que rige el trámite legislativo a nivel nacional se encuentra contenido principalmente en el Título VI de la Constitución Política de 1991, en la ley 5 de 1992 y sus reformas. El procedimiento legislativo ordinario en Colombia se compone de tres fases: la pre-parlamentaria, la parlamentaria y la post-parlamentaria (Lancheros Gámez et al., 2010).

La fase pre-parlamentaria comprende las condiciones que deben cumplir las propuestas antes de convertirse en proyecto de Ley y ser radicadas ante el Congreso. En esta etapa resulta fundamental el agotamiento de dos elementos: (i) los requisitos para las iniciativas legislativas y (ii) las condiciones para la formulación de proyectos.

Frente al primero de ellos, la iniciativa legislativa en nuestro ordenamiento jurídico puede ser popular, ya sea por parte de la ciudadanía (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 155; Ley 5, 1992, art. 141) o por parte de los concejales y diputados (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 155; Ley 5, 1992, art. 141), gubernamental, es decir, del gobierno nacional (Constitución Política, 1991, art. 154, 156, 251-4; Ley 5, 1992, art. 140; Ley 974, 2005, art. 13), parlamentaria (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 154; Ley 5, 1992, art. 140-1; 974, 2005, art. 13) o especiales (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 156 y 251-4).

En cuanto al segundo, las condiciones para la formulación de proyectos de ley se tienen que cada proyecto debe contener, en términos generales, un título, un encabezamiento, una parte

⁷ Algunos pasajes de este apartado fueron tomados del capítulo del libro “Control constitucional en Colombia: ¿un rol activo del juez constitucional en lo que le conviene?”, el cual hace parte del libro *Constitución política de 1991 Reflexiones y desafíos tras treinta años de su expedición de investigación* publicado por la Universidad del Rosario. (Morales, 2022). Sin embargo, esta sección es una versión aumentada y revisada de ese escrito.

dispositiva y una exposición de motivos (Lancheros Gámez et al., 2010) . En la elaboración de estos puntos se debe tener especial cuidado con la delimitación adecuada del asunto sobre la cual se tratará el proyecto de ley, pues se debe respetar la llamada unidad de materia, según la cual “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 158). Por su parte, aunque la exposición de motivos no tiene ninguna formalidad, es deseable que en él se consignen los antecedentes que llevaron al contenido de ley que se propone (Lancheros Gámez et al., 2010).

La fase parlamentaria está conformada por todos los pasos que debe cumplir un proyecto de ley en el Congreso de la República antes de convertirse en Ley o ser archivada. En esta fase, y por regla general, todo proyecto debe ser discutido y aprobado por las comisiones constitucionales permanentes (Ley 3, 1992, art. 2) y las plenarias de cada Cámara.

En términos generales, cada proyecto de ley debe pasar por 4 debates en el Congreso de la República, dos debates por cada Cámara (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 157).

Así, el primer debate será en la Comisión respectiva de la Corporación en la cual se radicó el proyecto de Ley (también conocida como Cámara de origen (Lancheros Gámez et al., 2010)); el segundo debate será en la Plenaria de esa misma Corporación; el tercer debate será en la Comisión respectiva de la otra Corporación (también conocida como Cámara de cierre (Lancheros Gámez et al., 2010); y el cuarto debate será en la Plenaria de la Cámara de cierre.

En cada uno de los pasos por las Comisiones y Plenarias, los proyectos deben cumplir, a su vez, cuatro etapas: a) la etapa preliminar: nombramiento del ponente, presentación y publicación de la ponencia e incorporación en el orden del día); b) La etapa deliberativa: quórum deliberativo, discusión de la proposición con la que termina la ponencia y votación de la proposición,

discusión del proyecto y de su articulado, y enmiendas; c) La etapa decisoria: quorum decisorio, procedencia de la votación, lectura del texto, llamados a lista, mayorías y votaciones. La fase parlamentaria finaliza con la publicación del proyecto aprobado.

En atención al objeto de este trabajo, de estas etapas se destaca la deliberativa, la cual tiene lugar en todos los 4 debates que deben surtir los proyectos de Ley al interior del Congreso de la República De acuerdo con Lancheros Gámez et al., (2010) en la etapa deliberativa en lo que respecta a la discusión del proyecto de ley y su articulado “La flexibilidad es amplia y estará en función de la complejidad de la iniciativa o de la mayor claridad en la confrontación de las posiciones políticas representadas en la Comisión” (p. 9), lo cual, es aplicable en su generalidad a cada momento de deliberación que debe tener lugar en cada comisión y plenaria. Igualmente, es en esta etapa de deliberación en la cual los participantes (en este caso los Congresistas) pueden presentar enmiendas o proposiciones a los proyectos de ley considerados, las cuales también deberán ser sometidas a discusión en la comisión o plenaria respectiva.

Por último, la fase post-parlamentaria tiene lugar una vez es aprobado el proyecto de ley en los 4 debates al interior del Congreso y el Presidente de dicha Corporación lo envía al Presidente de la República para su sanción y promulgación o, si así lo decide, para formular sus objeciones de orden constitucional o de conveniencia a que dicho proyecto de ley se convierta en Ley de la República. En los proyectos de leyes estatutarias esta fase contiene, además, la revisión de la Corte Constitucional.

2.2. El CrowdLaw en el trámite legislativo colombiano.

Como se vio en el acápite inmediatamente anterior, el trámite legislativo a nivel nacional se encuentra regulado por la ley 5 de 1992, lo cual, a primera vista, parecería generar un problema para la creación de leyes mediante el CL debido a que en los 90’s los procedimientos legislativos

basados en las tecnologías de la información y de las comunicaciones, como el CL, no eran aplicables ni realizables en Colombia. Si bien es cierto se han presentado reformas a dicha ley, hasta este momento tales reformas se han enfocado en otros aspectos del trámite legislativo tales como las unidades de trabajo legislativo (UTL) (Ley 186 de 1995), la creación de una Comisión Especial de Modernización y de las Unidades Coordinadoras de Asistencia Técnica Legislativa y Atención Ciudadana del Congreso de la República (Ley 1147 de 2007) y la interposición y trámite de impedimentos por parte de los Congresistas (Ley 2003 de 2019).

Otras reformas se han centrado en establecer las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República (Ley 1904 de 2018), la creación de la Comisión para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Población Afrocolombiana del Congreso de la República de Colombia (Ley 1833 de 2017) y la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer (Ley 1434 de 2011), el Código de Ética y Disciplinario del Congresista (Ley 1828 de 2017). Como se observa, en las distintas modificaciones al trámite legislativo colombiano no se ha considerado la posibilidad de agregar elementos de CL.

Además de las reformas ya realizadas a la Ley 05 de 1992, hubo otras propuestas que no llegaron a ser ley. Por ejemplo, en el año 2012 el proyecto de ley 010, impulsado por la Cámara de Representantes, buscaba salvaguardar los principios de transparencia y publicidad que debe reunir el trámite legislativo en un Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que el proceso de formación de las leyes y de reformas constitucionales “(...) debe desarrollarse en un marco de absoluta claridad”. (Proyecto de ley Por la cual se modifica la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso: el Senado y la Cámara de Representantes, en sus artículos 113, 157, 186, 188; se adicionan unos artículos nuevos y se dictan otras disposiciones., 2012) Sin embargo, el enfoque

de esta reforma se centraba en el trámite legislativo interno, es decir, en el que adelantan los congresistas y no permitía o adicionaba la integración de la ciudadanía o el uso de tecnologías en el trámite legislativo en general, además, el proyecto mencionado fue archivado por Tránsito de Legislatura.

Las reformas al trámite legislativo en Colombia no han venido solamente desde el Congreso. Como se mencionó al inicio de esta investigación, el poder Ejecutivo en el marco de la de la pandemia del COVID-19 emitió el Decreto 491 de 2020 autorizando el inicio de las actuaciones virtuales del Congreso. Tiempo después, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esa autorización sobre la base de que no es necesario que el Gobierno autorice al Congreso a sesionar virtualmente y, además, esa autorización “no resulta compatible con el principio de separación de poderes” (*Sentencia C-242, 2020*). En la argumentación, la Corte Constitucional manifestó su temor hacia una eventual transición del ejercicio legislativo presencial a un ejercicio legislativo virtual, pues según este tribunal, los medios físicos deben ser la regla general de la actividad legislativa y los virtuales la excepción. En sus palabras;

sigue vigente la regla general de que el funcionamiento del Congreso y de las demás corporaciones públicas de elección popular se rige por la presencialidad. Ello por cuanto esta regla es el mecanismo más adecuado para dar cabida a una democracia vigorosa mediante la posibilidad de un debate intenso, de una participación activa y libre y de la expresión de todas las corrientes de opinión en circunstancias de mayor facilidad.

(*Sentencia C-242, 2020*).

Sin embargo, sería una gran equivocación pensar que tal posición conservadora⁸ de la Corte Constitucional frente al uso de la tecnología incluye los procesos de CL, pues su posición se encuentra sobre el contenido del Decreto 491 de 2020 que lo que buscaba era que los Congresistas pudieran sesionar de manera virtual en el marco de la pandemia por Covid-19 y no, una integración de la ciudadanía en el ejercicio legislativo por medio de las TIC, es decir, las consideraciones de la Corte Constitucional no pueden ser entendidas en ninguna medida como aplicables a un ejercicio de CL.

Es por esto por lo que el ejercicio del CL es perfectamente compatible con la regla general de presencialidad por parte de los Congresistas, ya que esta iniciativa no propone que sean los mismos Congresistas los que desplacen su deber de deliberación a medios digitales, sino que la ciudadanía se pueda involucrar en dichas deliberaciones con la ayuda de los medios tecnológicos. Así, el CL en el escenario legislativo no solamente es posible y compatible con el principio democrático que encuentra su fundamento en variadas disposiciones de la Constitución Política de 1991 (como lo son los arts. artículos: 2, 79, 145, 149, 163 y 241) y que tanto ha defendido la Corte Constitucional, sino que, además, supone un fortalecimiento de este en los procesos de toma de decisiones de la vida pública.

Ahora bien, para hablar de qué forma el CL puede tener lugar en el trámite legislativo ordinario colombiano, es conveniente comenzar anotando que, como lo afirman Alsina y Martí (2018), citado por Murillo-Vargas et al.,(2022):

⁸ Nótese que el uso del término “conservadora” para referirnos a la posición de la Corte Constitucional en este punto, es únicamente respecto a la presencialidad en el funcionamiento de las Corporaciones Públicas y su cautela en la implementación de espacios digitales en su funcionamiento.

A diferencia de los enfoques tradicionales, el enfoque del CrowdLaw no se restringe a una sola etapa en el proceso de formación de leyes y políticas públicas, sino que busca que dicha participación pueda ser realizada en las diversas etapas de dicho proceso. Esto es, desde la identificación de problemas, propuestas de solución, y elaboración de proyectos, hasta la ratificación, implementación y evaluación de resultados. En tal sentido, el modelo del CrowdLaw permite una participación política holística. (p. 6).

Así pues, como una primera aproximación podríamos decir que es posible implementar ejercicios de CL en, al menos, dos de las fases del trámite legislativo, es decir, tanto en la pre-parlamentaria, como en la parlamentaria, lo cual pasaremos a revisar⁹.

Como vimos en líneas anteriores, la fase pre-parlamentaria comprende, a grandes rasgos, la iniciativa legislativa y la formulación de los proyectos de ley. Sabiendo que el CL no se encuentra limitado a una tarea específica es en este escenario en el que podría darse un ejercicio de CL con el fin de identificar problemáticas, posibles soluciones y formulación de propuestas por parte de los ciudadanos, pues el esquema normativo que rige esta fase prevé el escenario perfecto para que esto pueda ser posible: la iniciativa legislativa ciudadana.

La forma de llevar a cabo esta iniciativa legislativa por parte de la ciudadanía se encuentra regulada por la Ley 134 de 1994; de acuerdo con este estatuto, la iniciativa debe contar con un promotor y un vocero respaldados por el cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral (art. 10), así como de una inscripción a través de un formulario hecho por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que, entre otras cosas, deberán ir las firmas recolectadas por la ciudadanía en apoyo a la respectiva iniciativa de ley (art.11).

⁹ Teniendo en cuenta que el objeto de esta investigación no es agotar el análisis sobre la forma en que puede concretarse el CL en los diferentes escenarios del trámite legislativo.

Sabiendo que la Ley ya ofrece un marco sobre el cual puede llevarse a cabo esta iniciativa, bien podría adecuarse dicha dinámica a los dos principales aspectos del CL: el uso de las Tics y el ejercicio deliberatorio directo de la ciudadanía. Así, en un inicio los voceros y promotores pueden hacer uso de las Tics, para que en reuniones sincronizadas puedan liderar un momento de pedagogía (dar a conocer la iniciativa legislativa a la ciudadanía) y en otro, propiciar el debate alrededor de ella (abrir un espacio para que la ciudadanía exprese sus diferentes ideas, posiciones o desacuerdos sobre la iniciativa).

Igualmente, nada obsta para que puedan darse ejercicios de CL en el marco de iniciativas legislativas que no sea la ciudadana, pues bien podrían las distintas entidades con esta potestad, integrar al proceso de creación y formulación de la iniciativa a la ciudadanía, con la salvedad de que es probable que la materia sobre la cual verse obligue al iniciador (que en el caso colombiano podría ser el Gobierno) a dividir el ejercicio en dos grupos, uno de expertos y otro de personas en general, pues como lo afirma Bernal (2018) la multitud muchas veces deberá ser caracterizada según estas dos condiciones.

Por último, en esta fase pre-parlamentaria es particularmente relevante el mecanismo de la consulta previa como mecanismo garante de los derechos de las comunidades indígenas, afro y tribales, pues obliga al gobierno a que frente a aquellas medidas que afecten directamente los territorios de estas comunidades, deba realizarles una consulta previa a su adopción

(Constitución Política de Colombia, 1991, art. 93; Ley 21, 1991; Organización Internacional del Trabajo et al., 2009), promoviendo espacios en donde estas comunidades tengan la representación suficiente y adecuada de sus intereses y, especialmente, una participación real y efectiva frente a la conveniencia o inconveniencia de adoptar ciertas normativas (C-030, 2008).

La anterior dinámica bien puede servir de ejemplo (bajo ciertas salvedades y diferencias) frente a

la forma en la cual puede tener lugar una posible implementación de CL en la fase pre-parlamentaria

En cuanto a la fase parlamentaria del trámite legislativo, la implementación del CL bien podría hacerse en el marco de los diferentes debates que tienen lugar en el Congreso de la República o en la fase de análisis de los proyectos de ley que se dan en cada Comisión, pues en los artículos 230, 231 y 232 de la Ley 5 de 1992 se contempla la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley que se encuentren en las Comisiones Constitucionales Permanentes. De acuerdo con esta disposición: “para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.” (Ley 5, 1992, art. 230).

Por supuesto que los anteriores artículos no se refieren a la posibilidad de realizar un ejercicio de CL propiamente dicho, sin embargo, sí abren la puerta para que con base en dichas disposiciones se pueda dar un espacio en el que la ciudadanía en general presente sus propuestas y no, meramente opiniones, como aquellas basadas en ideologías, subjetividades o fanatismos. Un buen punto de partida sobre los tipos de aportes que se quieren lograr con el CL son aquellas propuestas que tengan como fundamento un hecho fáctico, sociológico, científico o empírico del impacto de cierta medida o sobre la inconveniencia o conveniencia de adoptarla bajo circunstancias específicas, todas estas basadas en la experiencia, experticia y conocimiento de los participantes en el ejercicio de colaboración abierta frente a cualquier proyecto de ley a través del uso de las TICs.

Es importante aquí hacer hincapié en que si se dan los espacios para realizar un ejercicio de CL se preste especial cuidado a dos aspectos, el primero referido al tipo de participación que debe

hacerse por parte de la ciudadanía, pues se recuerda que “CrowdLaw se enfoca en obtener pericia, experiencia, ideas y datos en lugar de opiniones” (Alsina & Marti, 2018, p. 339), ya que lo que se pretende es que sea un verdadero ejercicio de obtención de inteligencia colectiva que tenga la aptitud de aportar sustancialmente en la eficacia y calidad de las leyes expedidas por el Congreso; y el segundo, a que el medio utilizado para llevar a cabo dicho ejercicio debe tener una base tecnológica, pues son este tipo de herramientas las que van a permitir potencializar la deliberación y participación en sí mismas, así como la depuración de la información obtenida susceptible de verse reflejada en la calidad de las normas.

2.3. Fuerza normativa de la ley: Escenario de formación y escenario de contenido en un contexto de implementación del CL¹⁰.

La fuerza normativa de la ley es la capacidad que tienen las normas para desplazar a otras consideraciones normativas relevantes al justificar acciones y decisiones, lo cual depende, no solo de las razones subyacentes de cada una de las normas, sino también de la autoridad legítima de quien las establece (Raz, 1988). En el ámbito legislativo, la fuerza normativa de las leyes dependerá de las formas y procedimientos legítimos en su elaboración (escenario de formación) y su contenido, es decir, en las consideraciones normativas que en concreto establecen las leyes (escenario del contenido). (Morales-Barreto, 2021).

¹⁰ Algunos pasajes de este apartado fueron tomados del capítulo del libro “Control constitucional en Colombia: ¿un rol activo del juez constitucional en lo que le conviene?”, el cual hace parte del libro Constitución política de 1991 Reflexiones y desafíos tras treinta años de su expedición de investigación publicado por la Universidad del Rosario. (Morales, 2022). Sin embargo, esta sección es una versión aumentada y revisada de ese escrito.

A. El escenario de formación en el trámite legislativo

En el ordenamiento jurídico colombiano un escenario de formación de las leyes fuerte supone, como punto de partida, el cumplimiento de cada una de las fases del trámite legislativo, lo cual, a su vez, se constituye en un requisito de validez para su formación. Como vimos anteriormente, en cada una de las fases (pre parlamentaria y parlamentaria) del trámite legislativo se deben surtir una serie de actuaciones y formalidades encaminadas a darle el manejo adecuado a cada iniciativa de proyecto de ley que se pretende aprobar.

Dentro de tales actuaciones, las relativas a discusiones, debates, puntos de vista e intercambio de ideas (así como sus presupuestos como lo es el requisito de publicidad) son de las más importantes en el escenario de formación de las leyes por ser la forma mediante la cual se materializa el ejercicio democrático y deliberativo que debe permear cada acto del poder público, especialmente, la creación normativa.

En este orden de ideas, los momentos del trámite legislativo que permiten una maximización del escenario de formación serán aquellos en los que tenga lugar la deliberación, tanto en las Comisiones Constitucionales Permanentes como en las Plenarias de cada Cámara, pues es de estos ejercicios de deliberación de los que depende, en gran medida, no solo la percepción de legitimidad que tienen las decisiones que se toman al interior del Congreso, sino la calidad de estas (C-376, 1995; C-252, 2012; C-710, 2001).

Así pues, en un contexto de implementación de CL dentro de esos momentos de deliberación en el escenario de formación legislativa, se tendría inevitablemente una mejora del ejercicio

democrático en el cual se les permitiría a los receptores de la eventual ley generar debate acerca de la conveniencia de esta o del contenido a mejorar, a la vez que incentivarían a los Congresistas a mejorar la calidad de sus propias intervenciones. Esto tendría una repercusión importante en el fortalecimiento de escenario de formación de las leyes por la impresión de legitimidad que se le daría, tanto al Congreso como institución del poder respaldada por la voluntad popular, como a las leyes producto de ella.

B. El escenario de contenido en el trámite legislativo

El escenario de contenido del trámite legislativo se encuadra en lo sustancial de los proyectos de ley que se tramiten a largo de las fases del trámite legislativo. Dado que las consideraciones normativas concretas que integran cada proyecto de ley pueden ser de diversa índole, nos limitaremos a señalar que el contenido de las leyes debe responder adecuadamente a, por lo menos, dos elementos: (i) un contenido respetuoso de la Constitución Política, lo cual implica un manejo garantista de los derechos, valores y principios constitucionales, (ii) un contenido que suponga una regulación eficaz sobre aquello que se pretende regular con la norma, en suma, un cuerpo normativo de calidad.

Estos dos elementos pueden ser satisfechos en mayor medida cuanto más se integre a las discusiones en torno a los proyectos de ley un ejercicio democrático basado en el intercambio de ideas orientadas a soluciones y al diálogo intersubjetivo entre posiciones divergentes, todas ellas susceptibles de ser depuradas y sistematizadas por los encargados de dar trámite, discusión y aprobación a los proyectos de ley que es lo que, precisamente, se busca lograr con la implementación del CL en el trámite legislativo.

Recuérdese que uno de los rasgos distintivos del CL es que busca dar lugar a un verdadero ejercicio de inteligencia colectiva enfocado en la resolución de problemas (Alsina & Marti, 2018), por ello, se recuerda que la participación ciudadana que se daría en este contexto debe estar encaminada a obtener experiencia, experticia e ideas de valor sobre materias específicas y no tanto en la manifestación de simples opiniones que nada aportan al debate, por lo que toda intervención debe ir acompañada con un mínimo de sustento argumentativo, de otro modo, se correría el riesgo de hacer inocua y hasta contraproducente la participación ciudadana.

De este modo, siempre que se logre integrar adecuadamente el CL al trámite legislativo y así mismo se tenga verdaderamente en cuenta el aporte ciudadano en la construcción de las normas, el CL se instituiría como la herramienta perfecta para robustecer tanto el escenario de contenido, como el de formación del trámite legislativo, mejorando desde diversas aristas la percepción de legitimidad de los proyectos que se convierten en ley de la República, así como la calidad y eficacia de su contenido normativo. Así pues, sabiendo que la fuerza normativa de las leyes depende de las formas y procedimientos legítimos en su elaboración (escenario de formación) y de las consideraciones normativas que en concreto se establecen (escenario del contenido), al implementar el CL y este al fortalecer ambos escenarios, tendremos como resultado leyes con una fuerza normativa mayor a aquellas en las que no se haya implementado esta nueva forma de participación ciudadana.

Procedimiento + contenido = Fuerza normativa de la ley
(Procedimiento + CL) + contenido = Fuerza normativa de la ley mayor

3. Fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional¹¹.

3.1. El control de constitucionalidad en Colombia.

Antes de poder hablar del control constitucional es necesario abordar, como primera medida, una serie de consideraciones entorno al concepto mismo de constitución. Así pues, la constitución puede ser concebida en un sentido amplio o conceptual y en un estricto sentido. El primero se refiere a la cuestión de si la existencia del derecho supone la existencia de una constitución. Sin ser este el lugar para explicar tal asunto en profundidad, las principales posiciones positivistas del derecho sostienen que todo ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia, o bien de una norma fundamental de la cual deriva la validez del resto de normas del sistema (constitución en sentido lógico-conceptual), o bien de la existencia de una práctica social de reconocimiento de normas jurídicas (constitución en sentido práctico-conceptual). (González Madrid & González Madrid, 2018; Serrano Gómez, 2012).

Sin embargo, este concepto de constitución, que, sin duda, resulta determinante para la teoría del derecho, no es el principal objeto de estudio del derecho constitucional. Al constitucionalismo no le interesa determinar las condiciones de existencia de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, busca comprender y fundamentar las normas que determinan la organización de la autoridad estatal y definir los derechos básicos de los individuos. Al constitucionalismo le preocupa la noción de constitución en estricto sentido o sentido estrictamente constitucional, la

¹¹ Algunos pasajes de este apartado fueron tomados del capítulo del libro “Control constitucional en Colombia: ¿un rol activo del juez constitucional en lo que le conviene?”, el cual hace parte del libro Constitución política de 1991 Reflexiones y desafíos tras treinta años de su expedición de investigación publicado por la Universidad del Rosario. (Morales, 2022). Sin embargo, esta sección es una versión aumentada y revisada de ese escrito.

cual se refiere al concepto moderno, y por tanto contingente, de norma constitucional, es decir, a la norma jurídica de contenido superior que define la organización básica de la autoridad en un Estado y los derechos básicos de las personas (Nino, 1997).

La constitución, en este sentido, puede ser, a su vez, entendida en un sentido mínimo o en un sentido robusto o normativo. En un sentido mínimo, la constitución, si bien organiza el poder y define determinados derechos básicos, no da cuenta del principio que justifica la existencia y organización de las autoridades, ni tampoco define el fundamento y estatus de los derechos. En un sentido pleno, por el contrario, el concepto de constitución designa la norma que define la organización básica del Estado y los derechos de las personas; pero, además, reconoce como fundamento para la legitimidad de las autoridades el principio democrático y reconoce los derechos humanos como presupuesto ineludible de la existencia de los derechos constitucionales. (Nino, 2005).

Estos ideales son representados en dos dimensiones constitucionales: la del reconocimiento y garantía de los derechos, y la dimensión de la organización de poder en la que se determinan los principios (democráticos) de la legitimidad, estructura y actuación de la autoridad pública. En otras palabras, la constitución en sentido pleno se refiere a la articulación normativa de la dimensión institucional-organizativa basada en el principio democrático y la dimensión de los derechos fundamentada en los derechos humanos.

Sin embargo, como se ahondará en el acápite siguiente, la convergencia de estos ideales y la articulación e implementación de esas dimensiones no es sencilla, pues desde distintos puntos de vista se ha afirmado que entre tales dimensiones subsiste una relación de tensión en cuanto cada una de ellas se fundamenta en principios opuestos. Tensión que se pretende suavizar con los ejercicios de colaboración abierta en la producción de leyes, por ello, en este punto y para efectos

de abordar las consideraciones pertinentes entorno al control constitucional en Colombia, entenderemos por constitución aquella norma que, por un lado, define la organización básica del Estado y los derechos de las personas, y por el otro, reconoce como fundamento de legitimidad el principio democrático y los derechos humanos como presupuesto ineludible de la existencia de los derechos constitucionales.

Ahora bien, el control constitucional está constituido por el conjunto de mecanismos o instrumentos existentes en los ordenamientos jurídicos tendientes a asegurar la supremacía de la constitución (Echeverri Uruburu, 1980). En este sentido, el control constitucional puede ser político o judicial. El primero de ellos es aquel que ejercen los órganos políticos, en particular, el Gobierno o las legislaturas; en cuanto al segundo, este se refiere al control judicial de la constitución que es realizado por los jueces, tribunales y cortes de justicia (*i. e.*, por los órganos pertenecientes a la rama judicial del poder público). Este último, puede ser caracterizado a partir de dos modelos: el descentralizado y el centralizado (Ferrerres, 2004).

El primero de ellos, también llamado modelo americano, es aquel en el cual las funciones de control constitucional y de aplicación de la legislación son ejercidas por el mismo tipo de jueces, es decir, es una estructura monista de la organización judicial que no se diferencia entre jueces constitucionales y jueces ordinarios; y una función de control constitucional limitada a la existencia de un caso o problema jurídico concreto y real.

El segundo de ellos, también llamado modelo europeo, es aquel en el cual se diseña una estructura dualista de la organización judicial en tanto que la divide en una función constitucional encargada al tribunal constitucional y en una función ordinaria encargada de aplicar la legislación de manera ordinaria; la función de control constitucional encargada al

tribunal constitucional es abstracta, en el sentido que debe resolver si las normas jurídicas se adecúan o no al contenido constitucional.

Aun cuando existen evidentes diferencias entre los distintos modelos de control constitucional, la doctrina del control judicial de la constitución tiene un núcleo común: la posición según la cual deben ser los jueces, y no otros órganos del Estado, los que están en mejores condiciones para garantizar la supremacía constitucional.

En el caso colombiano se ha adoptado un modelo que recoge elementos de ambos esquemas (americano y europeo), así, la Constitución Política de 1991 creó a la Corte Constitucional como el tribunal encargado de realizar, tanto un control de constitucionalidad abstracto de las leyes y reformas constitucionales, como concreto, mediante la revisión de acciones de tutela (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241). Teniendo en cuenta los límites de esta investigación, nos centraremos en el primero de estos, es decir, en el control de constitucionalidad abstracto¹².

Como primera medida, el control constitucional abstracto que ejerce la Corte Constitucional en Colombia puede desatarse por diversas vías: vía de acción, vía automática y vía de objeción (Quiroga Natale, 2018, pp. 48-49).

La primera se refiere al ejercicio del derecho de acción que tienen todas las personas en Colombia para adelantar, en el caso que nos ocupa, acciones públicas de inconstitucionalidad¹³; de acuerdo

¹² Quiroga Natale (2018) explica que cuando se está aplicando el control constitucional abstracto “se está realizando un examen de constitucionalidad sobre aquellos instrumentos de intervención en los derechos que tienen la característica de ser generales, impersonales y abstractos, por ejemplo, los actos legislativos, las leyes, los decretos reglamentarios, etc. Otra característica de este tipo de control la constituye el hecho de que sus efectos son erga omnes y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta.” (p. 48).

¹³ Esta acción pública de inconstitucionalidad puede ser instaurada en contra de leyes, decretos con fuerza de ley y actos reformativos de la Constitución. (C-174, 2017; Constitución Política de Colombia, 1991).

con la Corte Constitucional, puede interponer este tipo de acción toda persona natural de nacionalidad colombiana, que sea ciudadana y se halle habilitada para ejercer sus derechos políticos (C-827, 2013). La segunda vía es aquella que tiene lugar sin necesidad de existir una acción previa, responde al cumplimiento de un mandato general de revisión sobre materias específicas. En el caso colombiano, hay control automático en los actos legislativos para la paz, leyes aprobatorias de tratados internacionales, proyectos de ley estatutaria y proyectos de consulta popular, refrendo o plebiscito (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241; Quiroga Natale, 2018, p. 54). La última de estas vías se refiere al control constitucional que se desata como consecuencia de las objeciones que el Presidente de la República pueda presentar sobre los proyectos de ley que, a su juicio, sean contrarios a los preceptos constitucionales (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 167).

Ahora bien, en el marco de este control abstracto de constitucionalidad que ejerce la Corte en Colombia, uno de los efectos más controvertidos para la teoría constitucional y del estado, es la posibilidad de declarar inexequibles aquellas leyes que, a su juicio, vulneran o contrarían los preceptos constitucionales. Frente a esto, es importante tener en cuenta lo que dispone el artículo 243 de la Constitución Política en cuanto a que los fallos dictados por la Corte Constitucional en el ejercicio del control constitucional “hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, y además, “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, esto quiere decir, en palabras de Pulido (2018):

En el caso de la inconstitucionalidad, la cosa juzgada implica la inexecutable de la norma (su expulsión del ordenamiento jurídico) y la imposibilidad de reproducir nuevamente el contenido declarado inexecutable (Pulido Ortiz, 2018, pp. 80-81).

La declaratoria de inexecutable de una ley puede ser entonces, por tener vicios de forma o vicios de fondo. Los vicios de forma consisten en “todas aquellas irregularidades en que se incurre durante el trámite o proceso legislativo, materializados en la omisión o quebrantamiento de cualquiera de los requisitos extrínsecos impuestos por el orden jurídico al proceso de formación y aprobación de las leyes” (C-1177, 2004); mientras que los vicios de fondo se refieren a aquel contenido normativo que es sustancialmente contrario al *contenido* de la disposiciones constitucionales.

Así entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano se prevé la existencia de un tribunal judicial especial encargado de salvaguardar la supremacía de la constitución, mediante un control constitucional que se concreta a través de diferentes mecanismos, como lo es el control constitucional abstracto que puede ejercer sobre las leyes, actos legislativos, proyectos de ley estatutaria, entre otros, discutidos y aprobados por el Congreso de la República. Esta titularidad que ostenta la Corte respecto al ejercicio de control constitucional implica necesariamente su aptitud para expulsar del ordenamiento jurídico colombiano normas emitidas por el órgano democrático por antonomasia: el Congreso de la República. Situación que, como veremos a continuación, ha sido el ejemplo paradigmático de la tensión entre constitucionalismo y democracia.

3.2. Efectos de que las normas sean declaradas inexecutable: ¿Tensión entre democracia y constitucionalismo?

Como vimos en el apartado anterior, es a través del ejercicio del control constitucional en Colombia que los jueces (Corte constitucional) adquieren el poder para declarar la inexecutable de las normas expedidas por el Congreso de la República. Tal situación ha sido fuente de uno de los principales problemas que debe enfrentar cualquier teoría del control constitucional: la dificultad contramayoritaria (Bickel, 1986). Es decir, ¿de qué modo puede ser (y en qué medida) que en una democracia un cuerpo colegiado no elegido democráticamente, como son los jueces, puedan invalidar las normas jurídicas aprobadas por las legislaturas que sí son elegidas democráticamente, de tal manera que la decisión de unos pocos (los jueces) pueda prevalecer sobre las decisiones de la mayoría?

Esta problemática tiene su origen, como ya se anotó, en la tensión existente entre el contenido de los principios y derechos constitucionales (dimensión 1) y la estructura y los procedimientos democráticos de toma de decisiones (dimensión 2) del concepto de constitución. Pues recuérdese que, en un sentido pleno, por constitución se designa la norma que define la organización básica del Estado y los derechos de las personas; pero, además, reconoce como fundamento para la legitimidad de las autoridades el principio democrático.

Al respecto, debe recordarse que el origen de la doctrina del control judicial, comúnmente atribuida al caso estadounidense, no fue tranquila, pues su justificación e implementación surgió en un ambiente político de desconfianza hacia la acción de la legislatura, en el que se sostenía la necesidad de limitar el actuar irracional de las mayorías (Gargarella, 2015).

Así es como, antes de la aprobación de la Constitución estadounidense de 1787, se discutieron cuáles deberían ser los mecanismos para controlar la acción de las mayorías legislativas. De esta

manera, por ejemplo, tanto Madison como Hamilton argumentaron a favor de que fuesen los jueces quienes limitasen la acción de las legislaturas (Hamilton, 2001; Madison, 2001). Incluso, ya en la Convención de Filadelfia, Madison declaraba que una “ley violando la constitución establecida por el pueblo mismo debería ser considerada por los jueces nula e inválida” (Farrand, 1911, p. 78). Otros miembros de la Convención, por el contrario, objetaban tal poder en manos de los jueces argumentando que, entre otras cosas, podría poner en riesgo el principio de separación de poderes y que no dar la última palabra a la legislatura respecto del contenido de la Constitución significaría, en la práctica, renunciar al principio democrático (Löffler, 2016).

De cualquier manera, la decisión de los redactores del documento constitucional de 1787 fue la de no admitir ni rechazar expresamente el control judicial de la Constitución (Constitution of the United States, 1789). De esta manera, aun cuando en los orígenes del constitucionalismo estadounidense se consagró el principio de supremacía de la Constitución (“the supreme law of the land”), en la Constitución quedó abierta la cuestión acerca de quién debía asegurar esa supremacía y, en consecuencia, el poder de los jueces de revisar la constitucionalidad de las leyes no fue expresamente autorizada.

Por lo dicho, antes de la decisión del caso *Marbury vs. Madison*, ya existía una amplia discusión sobre el alcance del concepto de supremacía constitucional y sobre el control judicial de la Constitución. Sin embargo, fue en el fallo del juez Marshall en que tales nociones fueron jurídicamente resueltas. La Corte Suprema de Estados Unidos, rechazando la autoridad de impartir órdenes a la Administración, asumió la competencia de control de la constitucionalidad de las leyes. Para justificar esta competencia, argumentó que la finalidad de la Constitución es limitar los actos de los poderes públicos constituidos. (*WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON, Secretary of State of the United States.*, 1803).

Por otro lado, el argumento en contra del control judicial de constitucionalidad conocido como dificultad contramayoritaria, se encamina a afirmar que, dado que los jueces no tienen ni un origen ni un funcionamiento democrático, no tienen legitimidad para resolver las cuestiones fundamentales de la organización y derechos constitucionales de las personas. (Bickel, 1965).

En palabras de John Hart Ely (1997) “un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean” (Hart Ely, 1997, p. 23).

Una tradicional respuesta a esta crítica sugiere que el control judicial de la constitución se justifica en tanto implica una manifestación de la voluntad democrática superior que creó esta. Sin embargo, dicha respuesta no es suficiente básicamente por dos razones. Primero, resulta un argumento histórico dudoso y completamente contingente que las constituciones sean creadas mediante procedimientos democráticos superiores. Segundo, la volatilidad y subjetividad interpretativa que caracteriza la teoría constitucional contemporánea plantea serias dudas acerca de que, en efecto, los jueces constitucionales recuperen las intenciones constitucionales más que empleen sus decisiones judiciales como instrumentos de intereses o agendas ideológica (Gargarella, 1996).

Bajo este panorama entonces, bien se puede afirmar que cuanto mayor contenido constitucional se incorpore al ordenamiento jurídico, existirá menor espacio para la toma de decisiones por parte de los órganos democráticos (en particular las legislaturas). De esta manera, si, por ejemplo, la constitución establece contenidos inmodificables (constitución rígida), reconoce principios y derechos preconstitucionales, incorpora criterios normativos internacionales (v. gr., mediante el bloque constitucional), define como criterio normativo vinculante la jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales y autoriza a los jueces a que anulen las

normas jurídicas democráticamente aprobadas, entonces las legislaturas tendrán menor espacio de decisión. En una palabra, el ámbito o alcance normativo de las legislaturas es inversamente proporcional al ámbito o alcance de las normas constitucionales (Morales, 2022)¹⁴.

A pesar de esto, dicha tensión debe ser vista con buenos ojos, pues supone un potencial emancipatorio en la medida en que es la misma dinámica democrática la que crea los criterios más adecuados para resolver las problemáticas sociales. Uno de estos criterios es el valor del pluralismo¹⁵, en virtud del cual las sociedades pueden llegar a resoluciones mucho más óptimas desde la integración de las diferentes ideas o concepciones que tienen cada uno de los individuos sobre cuál debe ser el mejor camino a seguir en una determinada situación, pues el pluralismo reconoce, en pocas palabras, que no hay una única forma de hacer bien las cosas.

De acuerdo con esto, y como pasaremos a ver a continuación, en el caso colombiano la Corte Constitucional ha logrado “conciliar” la aparente disyuntiva entre democracia y constitucionalismo en la medida en que en sus decisiones ha velado tanto por el contenido normativo constitucional, como por el principio democrático que emana también de dichos preceptos.

¹⁴ También se puede ver esta tensión desarrollada de una manera similar en John Hart Ely, *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Harvard, Harvard University Press, 1980

¹⁵ Según este valor no hay una única idea rectora del bien para la sociedad, sino que, por el contrario, todas las ideas de bien pueden desarrollarse en igualdad de condiciones (Wellmer, 1996). Este objetivo político no es otro que el pluralismo razonable del que Rawls habla en tantas ocasiones (por ejemplo, en *Political liberalism*. New York: Columbia University Press) Hay pluralismo porque no hay una única doctrina o forma de ver el mundo que domine el devenir político de la sociedad, pero hay razonabilidad porque estas doctrinas tienen un sentido suficiente de justicia. La justicia es, entonces, el contenido de lo razonable. Y la razonabilidad de los miembros de la sociedad evita el uso de la fuerza y las dinámicas represivas para mantener la estabilidad en una sociedad

3.3. La fuerza normativa de las leyes y el control de constitucionalidad abstracto que ejerce la Corte Constitucional.

Como hemos visto hasta aquí, existe una relación directamente proporcional entre la implementación del CL y el fortalecimiento de la democracia en el proceso de creación legislativa; a su vez, vimos que este fortalecimiento de la democracia, consecuencia de la implementación del CL en el trámite legislativo, incide directamente en la fuerza normativa de las leyes que se aprueben como resultado de este proceso, pues supone un robustecimiento del escenario de contenido y del escenario de formación las leyes, mejorando desde diversas aristas, la percepción de legitimidad de los proyectos que se convierten en ley de la República, así como la calidad y eficacia de su contenido normativo.

Igualmente, se vio que el poder que tiene la Corte Constitucional de expulsar del ordenamiento jurídico disposiciones normativas producidas por el Congreso de la República, en virtud del control constitucional abstracto, es un claro ejemplo de la tensión existente entre el principio democrático que rige al estado colombiano y los preceptos constitucionales contenidos en la Carta superior.

Sin embargo, y aun cuando esta tensión parece ser insuperable, en las propias decisiones de la Corte Constitucional se ha podido evidenciar la pretensión de salvaguardar el principio democrático como parámetro de validez y legitimidad de las normas sometidas a su juicio. En palabras de la Corte¹⁶:

La Constitución establece un régimen democrático y pluralista, fundado en la soberanía popular (CP arts 1º y 3), en donde las personas tienen derecho a participar en los asuntos

¹⁶ Consideraciones en igual sentido se pueden ver en las sentencias C-221 de 1994, C-309 de 1997 y C-481 de 1998.

que los afectan (CP art, 2º). Y por ello la Carta atribuye la decisión de la mayor parte de los asuntos al proceso democrático y a los propios particulares. (C-093, 2001).

Asimismo, para la Corte Constitucional es claro que existe una relación directa y proporcional entre la fuerza normativa de una norma y el principio democrático, tal y como hemos afirmado a lo largo de esta investigación. Así pues, para la Corte “solo tendrá fuerza normativa vinculante todo acto que se incorpore al ordenamiento jurídico a través de los procedimientos previstos en la Constitución Política y mediante los órganos competentes que para el efecto consagra el mismo Texto Superior”. (C-630, 2017).

Esto no es otra cosa que el escenario de formación del proceso de creación legislativa, que es uno de los presupuestos, junto con el escenario de contenido, para dotar a las leyes de fuerza normativa; así pues, como ya vimos, es a través de la implementación del CL en el proceso legislativo que se fortalecen ambos escenarios, repercutiendo directamente en el aumento de su fuerza normativa. La reiteración de este entrelazamiento conceptual es importante en la medida en que el escenario de formación y contenido de las leyes serán el objeto de análisis a partir de los cuales la Corte determina, en un eventual juicio de constitucionalidad, la exequibilidad o inexecuibilidad de la norma en cuestión.

Al respecto, no sobra recordar que una ley de la República puede ser declarada inexecutable por dos razones generales, la primera, por vicios formales y la segunda, por vicios materiales. Los vicios formales abarcan todas aquellas irregularidades que afectan las normas de carácter procedimental en la creación de una Ley, mientras que los vicios materiales son todas aquellas irregularidades que terminan por vulnerar sustancialmente los preceptos constitucionales, aunque como lo afirman Sierra Porto et al., (2003) muchas veces estos vicios son difíciles de separar, ya que pueden existir vicios procedimentales de tal envergadura que terminan afectando

conjuntamente lo sustancial del contenido constitucional. En todo caso, ambas situaciones generan la declaratoria de inexecutable de la norma.¹⁷

De acuerdo con esto, es necesario tener en cuenta que si el respeto por las normas constitucionales relacionadas con los escenarios de formación y de contenido de la creación legislativa, son, precisamente, el objeto de análisis de la Corte Constitucional en su juicio de constitucionalidad estamos hablando de un mínimo de cumplimiento de requisitos para que, a primera vista, la norma sea compatible con la Constitución. Otra cosa es el hecho de que se afirme que, con la implementación del CL en aquellos escenarios, se fortalecerá la fuerza normativa de las leyes, pues esta situación se encuentra condicionada, por supuesto, a que se cumpla cabalmente con el procedimiento legislativo previsto en la Constitución y normas concordantes, así como el estricto respeto por el contenido sustancial de las normas superiores.

Conforme con lo dicho, si en un escenario en el cual las leyes sean, en principio, respetuosas de la normativa constitucional, tanto en su contenido, como en su formación, se le añade el componente de CL, se tendría entonces una ley con una fuerza normativa mayor a aquellas en las que únicamente se cumpla con el mínimo de requisitos procedimentales y sustanciales en su elaboración. Se reitera, siempre que la norma no viole de forma o fondo la Constitución, pues de otro modo, aun con todo el CL posible, deberá declararse inconstitucional.

Bajo esta perspectiva, lo obvio sería que (C-870, 2010), lo cual no implica una restricción caprichosa al derecho político que se tiene para impetrar acciones públicas de inconstitucionalidad, sino a una exigencia razonable derivada del componente democrático que

¹⁷ Con la salvedad de que existen casos en los que los vicios de procedimiento pueden ser saneados, al respecto véase Porto, H., Padrón, F. A., & Castillo, M. (2003). Vicios Formales de la Ley; Análisis Desde la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. Revista Derecho del Estado, 14, 177-196.

impregna la ley a examinar; de este modo, la Corte debe balancear adecuadamente y con mayor experticia su decisión de inexequibilidad frente a la voluntad popular emanada del ejercicio legislativo.

En este sentido, la misma Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que

La fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes (CP art. 1, 3 y 113) tienen como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado, y entre ellos, el juez constitucional, deben respetar la libertad de configuración del Congreso.(C-093, 2001).

El anterior escenario bien puede ubicarse, y por supuesto, apoyarse, en la ya sentada posición de la Corte frente a la cual el nivel de intensidad del juicio constitucional que realice sobre aquellas leyes que regulan materias respecto de las cuales el legislador tiene amplia libertad deberá ser menor. En palabras de la Corte:

Ahora bien, si el legislador tiene mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores; y por ende la intensidad de su control se ve limitada. Por ello, en innumerables ocasiones esta Corte ha señalado que en la medida en que la Carta confiere discrecionalidad a la ley para regular un asunto, el juez constitucional debe respetar esa libertad de apreciación del Congreso. (C-093, 2001; C-563, 1997).

La unión de este deber de respeto por la libertad de configuración del legislador, en tanto representante de la voluntad popular, y la fuerza normativa imprimida en las leyes en tanto expresión directa de un ejercicio democrático virtuoso, el cual se pretende con el CL, tiene como resultado que la Corte Constitucional deba exigir y asimismo, adoptar una carga argumentativa

lo suficientemente contundente como para (i) admitir las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos y (ii) declarar la inexecutable de las leyes sometidas a su juicio.

Nótese que no se pretende aquí afirmar una relación de necesidad entre la fuerza normativa de las leyes y la executable de las mismas, pues bien podría la Corte Constitucional encontrar que a pesar de que la ley fue tramitada con un fuerte componente democrático, en su contenido disponer normas que son inexorablemente contrarias al contenido constitucional, caso en el cual deberá declarar su inexecutable. Sin embargo, deberán tratarse de casos poco frecuentes, en la medida en que se espera que, con un ejercicio de CL, la participación ciudadana directa en la elaboración de leyes tenga la aptitud de repercutir positivamente en que las mismas posean un contenido normativo de calidad, y por supuesto, de cabal respeto por los postulados constitucionales; contexto en el cual, serían menores las probabilidades de que la Corte Constitucional declare su inexecutable, contribuyendo a su vez, a disolver la tensión existente entre democracia y constitucionalismo por medio de: (i) un control constitucional más deferente sobre las leyes en las que, en su elaboración, se implementó un ejercicio de colaboración abierta y (ii) menos flexibilidad hacia las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las mismas.

Conclusiones.

El *Crowdlaw* es una nueva forma de participación ciudadana, en la cual a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, se busca integrar a las personas de manera directa en los procesos de toma de decisiones de la vida pública, en particular en los procesos de creación legislativa. Asimismo, la implementación del CL supone un ejercicio

democrático en el cual se les permite a los implicados tener una participación mediada por el intercambio de ideas, el debate y el diálogo intersubjetivo, lo que lo circunscribe en una herramienta ideal para lograr el ideal de una democracia verdaderamente deliberativa, base fundante del Estado colombiano.

La maximización del ejercicio democrático en el trámite legislativo colombiano a través del CL, supone un incremento en la percepción de legitimidad del ejercicio legislativo y de las leyes producto de aquel, así como en la calidad y eficacia de su contenido normativo, en cuanto dota de mayor fuerza normativa a las leyes, a través del robustecimiento del escenario de formación (formas y procedimientos legítimos en su elaboración) y de contenido (lo sustantivo que en concreto establecen las leyes).

Existe una relación directamente proporcional entre la fuerza normativa de las leyes producto de ejercicios democráticos fuertes y el deber de respeto por parte de la Corte sobre la libertad de configuración legislativa del legislador. Lo anterior, se traduce en que la carga argumentativa de la Corte, en caso de decidir declarar la inexecutable de las leyes producto de estos escenarios, deba aumentarse y ser más exigente en el análisis de los posibles cargos de inconstitucionalidad, con el fin de evitar una injerencia indebida en la función que, por mandato directo de la Carta, le corresponde al Congreso de la República, y de paso, en la percepción de legitimidad de sus decisiones.

REFERENCIAS

- Alsina, V., & Marti, J. (2018). The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking. *Analyse & Kritik*, 40, 337-358.
<https://doi.org/10.1515/auk-2018-0019>

Álvarez Estrada, D. (1990). Asamblea y poder y constituyente. *Estudios de Derecho*, 48(115-6), 289-314.

Álvarez, G. A. D., Galeano, M. S. M., & Grajales, J. F. V. (2017). Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*, 74(164), 223-254. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v74n164a10>

C-376, D-740 (Corte Constitucional de Colombia 24 de agosto de 1995).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1995/C-376-95.htm>

Argemiro, P. (2021, julio 2). *El movimiento juvenil que abrió camino a la Constituyente del 91*.

<https://www.radionacional.co/actualidad/historia/septima-papeleta-movimiento-juvenil-constituyente-del-91>

Aristotle. (2012). *Politics by Aristotle (Written 350 B.C.E)* (B. Jowett, Trad.).

IndoEuropeanPublishing.com. <http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.3.three.html>

Bickel, A. (1965). *The least dangerous branch: The supreme court at the bar of politics*. Harper & Row.

C-093, (Corte Constitucional de Colombia 2001).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.htm>

C-174, RDL-002 (Corte Constitucional de Colombia 22 de marzo de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-174-17.htm>

C-252, D- 8678 (Corte Constitucional de Colombia 28 de marzo de 2012).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-252-12.htm>

C-563, (Corte Constitucional de Colombia 6 de noviembre de 1997).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-563-97.htm>

C-630, (Corte Constitucional de Colombia 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/C-630-17.htm>

C-827, D-9621 y D-9622 (Corte Constitucional de Colombia 13 de noviembre de 2013).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-827-13.htm>

C-870, (Corte Constitucional de Colombia 3 de noviembre de 2010).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-870-10.htm>

Constitución Política de Colombia, (1991).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#29

C-710, D-3287 (Corte Constitucional de Colombia 5 de julio de 2001).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>

Decreto 491, Pub. L. No. 491 (2020). <https://www.suin->

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039011](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039011)

Echeverri Uruburu, Á. (1980). *Teoría constitucional y ciencia política*. Universidad Autónoma de Colombia.

C-030, D-6837 (Corte Constitucional de Colombia 23 de enero de 2008).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>

Ferreres, V. (2004). LAS CONSECUENCIAS DE CENTRALIZAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN UN TRIBUNAL ESPECIAL. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ACTIVISMO JUDICIAL. *SELA (Seminario En Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*.

<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17537>

Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Editorial Ariel.

C-1177, D-8158 (Corte Constitucional de Colombia 24 de noviembre de 2004).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-1177-04.htm>

González Lopez, F. (2009). La Democracia como concepto sociopolítico. *Teoría Política y Gestión Pública*, 10.

González Madrid, M., & González Madrid, M. (2018). El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principalismo y el garantismo. *Polis*, 14(1), 43-80.

Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional* (M. Holguin, Trad.). Siglo del Hombre Editores.

Henao, N. R. C. (1990). El proceso constituyente: El caso colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 91, 24-38.

Lancheros Gámez, J. C., Mantilla Calderón, A. M. J., Pulido Ortiz, F. E., Suárez Osma, I. G., & Rincón Montaña, R. del P. (2010). *Hoja de Ruta. Tramite Legislativo Ordinario* (Primera edición). Fundación Derecho Justo.

Ley 5, (1992). <http://www.secretariassenado.gov.co/ley-5-de-1992>

Ley 21, (1991). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37032>

Lippmann, W. (1989). *The Public Philosophy*. Routledge.

Lizcano-Fernández, F. (2012). Democracia directa y democracia representativa. *Convergencia: Revista de ciencias sociales*, 19(60), 145-175.

Meza-Lopehandía, M. (2020). *Elementos del proceso constituyente colombiano Funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 1991*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28696/3/BCN2020%20-%20Proceso%20constituyente%20colombiano.pdf>

- Morales, S. (2022). *Control constitucional en Colombia: ¿un rol activo del juez constitucional en lo que le conviene?* (p. 129). <https://doi.org/10.12804/urosario9789587848335>
- Murillo-Vargas, A. R., Pérez-Herrera, & Bedoya-Pari, I. N. M. de la A. (2022). CrowdLaw y democracia deliberativa: Reflexiones sobre la legitimación democrática de las decisiones públicas mediante las nuevas tecnologías. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 52(136), 1-23. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v52n136.a01>
- Nino, C. S. (1997). *La constitucion de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional* (Astrea).
- Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, & ILO (Eds.). (2009). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. OIT.
- Pulido Ortiz, F. E. (2018). *Jueces y reglas: La autoridad del precedente judicial* (primera). Universidad de La Sabana.
- Quiroga Natale, E. A. (2018). *Justicia constitucional multinivel y acción pública de inconstitucionalidad*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Santacruz Salazar, M. P. (2021). *El ágora digital: Deliberación y democracia en la era de las redes sociales*. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53330>
- Sartori, G. (1992). *Elementos de teoría política*. Alianza Editorial.
- <https://fundamentoscpuba.files.wordpress.com/2020/04/sartori-giovanni.-1992.-e2809cdemocraciae2809d-en-giovanni-sartori-elementos-de-teorc3ada-polc3adtica.pdf>

Serrano Gómez, E. (2012). Teoría de la Constitución, positivismo y derechos fundamentales.

Andamios, 9(18), 59-87.

Sierra Porto, Humberto. A., Padrón, F. A., & María Carolina, C. (2003). Vicios Formales de la

Ley; Analisis Desde la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 14, 177-196.

Waldron, J. (1995). The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of

Aristotle's Politics. *Political Theory*, 23(4), 563-584.

Wellmer, A. (1996). *Finales de partida: La modernidad irreconciliable*. Universidad de

Valencia.

WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON, Secretary of State of the United States.,

(Supreme Court of the United States 1803).

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>