¿QUIÉN DEBE TOMAR LAS DECISIONES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA?

PABLO ERNESTO MEDRANO MORENO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Público N.º 28
Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7778

¿Quién debe tomar las decisiones en una sociedad democrática?

Pablo Ernesto Medrano Moreno¹

RESUMEN

El presente artículo muestra cómo algunas teorías clásicas que resuelven la tensión entre democracia y constitucionalismo mediante la eliminación o limitación del control constitucional de las leyes –tales como el constitucionalismo popular de Tushnet, la democracia procedimental de Ely y la democracia deliberativa de Elster y Gargarella– no son aplicables al sistema jurídico y político colombiano pues, los presupuestos fácticos en que se basan no se encuentran presentes en Colombia. Así, se propone crear una teoría acorde con los supuestos fácticos del sistema colombiano, sugiriendo la conveniencia de un control constitucional fuerte para Colombia.

Palabras claves: dificultad contramayoritaria, control constitucional, democracia, constitucionalismo.

ABSTRACT

This article shows how some classical theories that resolve the tension between democracy and constitutionalism through the elimination or restriction of judicial review –such as the popular constitutionalism of Tushnet, procedural democracy of Ely and deliberative democracy of Elster and Gargarella– do not apply to legal and political Colombian system. That happens because the factual assumptions underlying in these theories are not present in Colombia. Thus, it is proposed to create a theory consistent with the factual assumptions of the Colombian system, suggesting the desirability of a strong form of judicial review in Colombia.

Keywords: counter-majoritarian difficulty, judicial review, democracy, constitutionalism.

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Constitucional. Actualmente se desempeña como asesor docente del área de Derecho Público del consultorio jurídico de la Universidad de los Andes. pe.medrano31@uniandes.edu.co

SUMARIO

Introducción - I. DEMOCRACIA vs. CONSTITUCIÓN - II. CONCILIANDO LA DEMOCRACIA CON LA CONSTITUCIÓN - A. *Constitucionalismo popular* - B. *Constitución sin valores* - C. *La virtud de la deliberación* - D. *Democracia sustancial y Constitución con valores* - III. LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE DERECHOS Y AGRAVIOS - A. *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho* - B. *Corte antidemocrática* - C. *Magistrados inconsecuentes* - D. *Sentencias ineficaces* - IV. DESCARTANDO TEORÍAS Y BUSCANDO SOLUCIONES - A. *¿Constitucionalismo popular o tiranía de la mayoría?* - B. *Código procesal constitucional* - C. *¿Deliberación o negociación?* - D. *Control constitucional fuerte como propuesta* - V. CONCLUSIONES - Bibliografía.

Introducción

En 1962 Alexander Bickel hizo evidente el carácter antidemocrático de la revisión judicial de las leyes por parte de los jueces; desde entonces muchos autores han tomado lugar a favor o en contra de la dificultad contramayoritaria (*Counter-Majoritarian Difficulty*) expuesta por Bickel (1986).² Básicamente se cuestiona que dentro de una sociedad democrática, que se rige por la regla de la mayoría, un reducido grupo de jueces tenga la capacidad de anular una ley aprobada por la generalidad de los representantes del pueblo.

En Colombia, el debate sobre la legitimidad democrática del control constitucional de las leyes solo fue abordado con profundidad a partir de la Constitución de 1991, a pesar de que desde 1910 se incorporó el sistema de control de constitucionalidad al sistema jurídico; la razón: el activismo judicial de la Corte Constitucional que ha venido produciendo sentencias con significativos efectos sociales, económicos y políticos.

El presente escrito busca dar respuesta, o al menos dar luces sobre una posible respuesta, a las siguientes preguntas: ¿quién debe resolver las cuestiones fundamentales en una sociedad

democrática? y ¿quién debe tener la última palabra en una sociedad democrática?, interrogantes que orientan el debate sobre la dificultad contramayoritaria. Se pretende responder estas preguntas no de manera general, es decir, partiendo de una democracia hipotética o ignorando los supuestos fácticos del sistema jurídico y político donde se intenta aplicar la teoría, sino de manera concreta y específica para el caso colombiano, así como para sistemas con condiciones fácticas similares a Colombia. De ahí que gran parte de este escrito sea una crítica a los críticos del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional que usan teorías de autores extranjeros sin preocuparse de su aplicabilidad en el sistema jurídico y político colombiano.

En este orden de ideas, el tema se desarrolla en cuatro partes: en la primera se abordan los conceptos de democracia y constitucionalismo, usualmente considerados sinónimos o íntimamente relacionados pero que, por el contrario, resultan ser contradictorios, pues la democracia trae implícita la regla de la mayoría y, en consecuencia, el gobierno de la mayoría, mientras que el constitucionalismo se orienta hacia los límites del poder y la garantía de los derechos de las minorías.

En la segunda parte se muestran algunas alternativas para superar la contradicción entre democracia y constitucionalismo, las cuales se clasifican en tres grupos: (i) alternativas que resuelven la contradicción a favor de los principios democráticos por medio de la eliminación del control constitucional, la participación directa de los ciudadanos y la flexibilización del texto constitucional (constitucionalismo popular); (ii)

² La mayoría de autores que consideran que los jueces carecen de legitimidad democrática para interferir en la labor legislativa citan en su apoyo la obra de Bickel, sin embargo, cuando se lee el capítulo referido a las virtudes pasivas, pareciera que Bickel abre la puerta para un control constitucional con el fin de defender principios básicos de la Constitución, siempre y cuando se respeten ciertos criterios que debe tener presente el juez para decidir si corresponde o no intervenir en un determinado caso (virtudes pasivas). De este modo sería erróneo afirmar que Bickel siempre considera antidemocrático el control judicial de las leyes (*judicial review*), pues en algunos casos, y bajo determinada metodología, la intervención del juez estaría justificada.

alternativas que dan prioridad a los principios democráticos, limitando de ese modo el rol del juez constitucional de garantizar la participación política y derechos necesarios para el proceso democrático de toma de decisiones (democracia deliberativa y democracia pluralista); y (iii) alternativas que optan por un control constitucional fuerte para garantizar los derechos de las minorías y un poder político limitado (democracia sustancial).

Así, según el constitucionalismo popular, quien debe resolver las cuestiones fundamentales, y tiene la última palabra, es el pueblo, directamente o por medio de sus representantes. Para los seguidores de la democracia deliberativa (Elster, Gargarella, Nino, entre otros) o de la democracia pluralista (Ely) corresponde al legislativo tomar las decisiones fundamentales en una sociedad democrática y, solo excepcionalmente, el poder judicial estaría facultado para corregir fallas en los procesos de decisión o representación política. Por el contrario, según los defensores de una democracia sustantiva, en principio la toma de decisiones fundamentales debe tener lugar en el legislativo, sin embargo, frente a una solución incorrecta o la ausencia de consensos para llegar a una solución, el poder judicial estaría legitimado para adoptar la decisión definitiva.

La tercera parte está dedicada al control constitucional ejercido por la Corte Constitucional colombiana. Aquí se muestra el contexto general en el que se ha desarrollado el control constitucional, y los reparos en contra del papel que ha desempeñado este órgano judicial. Las

principales críticas en contra del control constitucional de las leyes están clasificadas en tres categorías: críticas a la legitimidad, a la conveniencia, y a la eficacia de las decisiones de la Corte Constitucional.

En la cuarta, y última parte, se defiende la necesidad de un control constitucional fuerte para el caso colombiano, dadas las características de nuestro sistema político (falta de representación, altos niveles de corrupción en el legislativo, etc.). Se pondrá de manifiesto la inoperancia de las teorías del constitucionalismo popular, la inaplicabilidad de la teoría de Ely, y la inconveniencia de seguir los postulados de la democracia deliberativa, en vías de desvirtuar algunas de las críticas señaladas en la tercera parte, las cuales se originan en una mala aplicación de las teorías clásicas descritas en el segundo apartado, y en la falta de atención a las características del sistema jurídico y político de Colombia. Finalmente, se muestra el balance positivo que hasta ahora nos ha dejado el control constitucional ejercido por la Corte Constitucional y se ofrecen algunas conclusiones.

I. DEMOCRACIA VS. CONSTITUCIÓN

Normalmente asociamos los regímenes democráticos con los regímenes constitucionales, de modo tal, que consideramos que todo país con una Constitución es necesariamente un país democrático y que un régimen democrático conlleva la existencia de una Constitución. Sin embargo, si miramos la Constitución de Irán o de Etiopía de 1931, encontramos que dichos textos constitucionales no consagran precisamente

un régimen con las características propias de un sistema democrático³; del mismo modo, el Reino Unido no tiene una Constitución escrita y no por eso deja de ser un país democrático. Así, para más claridad, a continuación definiremos brevemente los conceptos clásicos de democracia y Constitución, para posteriormente poner en evidencia la contradicción existente entre la democracia y el constitucionalismo.

La democracia es definida comúnmente como el gobierno del pueblo, y según Abraham Lincoln, el gobierno para el pueblo. En otras palabras, la democracia es concebida como un sistema donde el pueblo, directamente o por medio de sus representantes, adopta las decisiones que afectan a todos, decisiones que son tomadas por el principio de la mayoría. Bobbio (2004) nos habla de tres elementos que conforman una definición mínima de democracia: (i) derecho a participar directa o indirectamente en las decisiones colectivas, (ii) existencia de reglas pre establecidas para tomar decisiones (por ejemplo la regla de la mayoría), y (iii) que aquellos que estén llamados a decidir o a elegir a quienes deben decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una y otra.

Así mismo, otros autores exponen diferentes definiciones y clasificaciones de democracia, las cuales solo difieren en aspectos como el mayor o menor grado de participación directa del pueblo en el proceso de toma de decisiones o la forma de selección de los representantes (Liphart,

1991), pero todas coinciden en dos aspectos: la manera como se adoptan las decisiones, es decir, la regla de la mayoría, y la participación de todos, directa o indirectamente, en un plano de igualdad –por lo menos formal– en el proceso de adopción de las decisiones. De este modo, los ciudadanos encuentran legítimo el poder político por cuanto tuvieron la oportunidad de participar en la creación de las leyes, las cuales fueron adoptadas por decisión mayoritaria.

Así las cosas, la democracia se contrapone a los regímenes totalitarios o aristocráticos donde un dictador o una élite adoptan las decisiones que afectan a toda la sociedad.

Ahora bien, según Karl Loewenstein:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facticidad de la autoridad existente (Loewenstein, 1959, p. 151).

De este modo, la Constitución no es otra cosa que las normas del juego político, normas que son obligatorias para todos, incluso para los detentadores del poder. Igualmente, las constituciones modernas, además de fijar normas procesales para el ejercicio del poder político, también han incluido una carta de derechos que deben ser respetados a todos los ciudadanos, derechos que se convierten en garantías de las minorías frente al poder de las mayorías.

3 La Constitución de Irán consagra un régimen teocrático, mientras que el artículo 5º de la Constitución de Etiopía establece que: "En el imperio Etíope yace el poder supremo en el Emperador".

Es precisamente en este punto en el que democracia y constitucionalismo entran en contradicción, pues la democracia supone el poder del pueblo de darse sus propias reglas y modificarlas cuando a bien lo tenga, mientras que la finalidad de la Constitución es limitar el poder político, de este modo, el pueblo estaría restringido por la Constitución, pues no podría crear normas contrarias a los principios constitucionales ni desconocer los derechos de las minorías.

De esta forma, el principio mayoritario propio de la teoría democrática choca con el principio de la supremacía de la Constitución propio del constitucionalismo moderno, choque que se hace más evidente con el control constitucional, es decir, la facultad de los jueces de anular leyes (adoptadas por la mayoría de los representantes del pueblo) por ser contrarias a la Constitución. En consecuencia, la característica básica de la democracia según la cual el pueblo es libre por cuanto se gobierna por las leyes creadas por él mismo, directamente o a través de sus representantes, es desconocida por el constitucionalismo, pues el tribunal constitucional tendría la competencia de adoptar decisiones que afectan a todos, decisiones obligatorias y con carácter de perdurabilidad (cosa juzgada constitucional).

Del mismo modo, la contradicción entre democracia y constitucionalismo se hace evidente con el concepto común de Constitución, es decir, norma fundamental donde se expresan ciertas reglas (procesales o sustanciales) con carácter imperativo y permanente. Pues aunque la Constitución en su origen es democrática, ya que es promulgada por una asamblea

constituyente, respetando así las dos reglas básicas del concepto de democracia: regla de la participación (todos participamos de las decisiones colectivas, por ende, somos libres en cuanto nosotros mismos nos damos las leyes que nos gobiernan) y regla de la mayoría (las decisiones colectivas se adoptan por mayoría), con el paso de los años va perdiendo su carácter, ya que la decisión democrática adoptada originalmente por una generación se va imponiendo frente a las preferencias e ideologías de las nuevas generaciones que ven limitado su derecho a regirse con leyes acordes con sus preferencias.⁴

Esta última tensión ha tratado de superarse por medio de constituciones flexibles que permiten enmiendas mediante procedimientos ordinarios en los que no se exige mayorías cualificadas o procedimientos de refrendación popular, sin embargo, dicho remedio puede llegar a ser un factor de inestabilidad política y jurídica pues pone a la Constitución en el mismo nivel de las otras normas jurídicas del sistema.

II. CONCILIANDO LA DEMOCRACIA CON LA CONSTITUCIÓN

En la primera parte se mostró cómo los principios clásicos de la democracia y el constitucionalismo son teóricamente contradictorios; corresponde ahora estudiar algunas de las alternativas propuestas para superar dicha contradicción, opciones que se debaten entre dar

4 Thomas Jefferson fue uno de los primeros en notar la contradicción entre democracia y constitucionalismo, tomando partido por la democracia con su célebre frase "*los muertos no tienen derechos*", defendiendo así el derecho de cada generación a darse su propia Constitución.

prelación al poder político por encima de las disposiciones constitucionales, usando únicamente algunos límites de tipo procesal a la hora de adoptar las decisiones políticas, como seguro para evitar la tiranía de los detentadores del poder y lograr así “decisiones democráticamente correctas”, o el sacrificio del principio mayoritario con el fin de garantizar los derechos de las minorías así como el respeto de ciertos valores que se consideran fundamentales para una sociedad democrática.

En el primer caso, se garantiza el principio de autogobierno pero se corre el peligro de un gobierno sin límites así como de una inestabilidad de las reglas del juego político; en el segundo, se asegura un gobierno limitado y una estabilidad política, pero se condena a la sociedad a vivir subordinada a unas reglas impuestas por generaciones pasadas.

Es necesario aclarar que existen múltiples enfoques de democracia (por ejemplo: democracias pluralista, deliberativa, participativa, popular, entre otras) así como de constitucionalismo (clásico, popular, social, neoconstitucionalismo, etc.), y que dependiendo de cada enfoque la contradicción entre democracia y constitucionalismo se incrementa o atenúa. Aquí no se pretende mostrar las diferentes concepciones sino tomar algunas teorías, a mi juicio las más representativas, y ver cómo se intenta solucionar la contradicción democracia-constitucionalismo.

A) Constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular es una tendencia que surgió en Estados Unidos como una

reacción a la supremacía judicial. Básicamente, los seguidores de esta corriente buscan una intervención mayor de los ciudadanos en la toma de las decisiones; para esto promueven los espacios de participación directa del pueblo, como los referendos, consultas populares, entre otras, lo cual demuestra cierta desconfianza hacia las decisiones adoptadas por medio de la representación política.

En la vertiente más radical del constitucionalismo popular se plantea la eliminación del control constitucional de las leyes, pues éste resulta contrario a sus postulados: (i) todas las personas están en capacidad de participar en la toma de las decisiones dentro de la sociedad, (ii) todas las ramas del poder público están en igualdad de condiciones para interpretar la Constitución; y (iii) entre más se delegue el poder de decidir, menos democrática es la sociedad.

Ahora bien, contrario al concepto de Constitución como límite del poder político, el constitucionalismo popular considera que el objetivo del derecho constitucional es mejorar las condiciones para el gobierno de la mayoría y, de este modo, hacer posible la soberanía popular (González: 2011, p. 16).

Uno de los autores que usualmente se cataloga dentro de esta corriente es Mark Tushnet (2008), quien propone el fortalecimiento de los derechos por medio del debilitamiento de los tribunales. Para esto diferencia entre el control judicial fuerte (*Strong form of judicial review*) y el control judicial débil (*Weak form of judicial review*).

En el primer tipo de control judicial las Cortes pueden revisar y anular las leyes expedidas por el legislativo, conservando la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Por el contrario, en la versión débil del control judicial, la Corte revisa la conformidad de las leyes con la Constitución, pero el legislativo conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de una ley.

Como ejemplo del control constitucional fuerte Tushnet cita el modelo de Estados Unidos, donde la Corte Suprema puede anular leyes dictadas por el Congreso y su decisión constituye cosa juzgada, es decir, su decisión constituye la última palabra. Como ejemplo del control débil de constitucionalidad cita el modelo del Reino Unido, donde los jueces que encuentren una incompatibilidad entre una ley y uno de los derechos consagrados en la British Human Rights Act de 1998, pueden hacer una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*), sin embargo, dicha declaración no tiene efecto legal alguno⁵, simplemente se convierte en un llamado al parlamento para que enmiende la ley o elimine la incompatibilidad (Tushnet, 2008, p. 28).

Tushnet plantea un control constitucional débil como una vía para reconciliar el principio democrático de autogobierno con los principios del constitucionalismo. En otras palabras, acepta

que en determinados casos los jueces revisen la constitucionalidad de las leyes, pero siempre y cuando la última palabra sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un asunto radique en el legislativo y no en los jueces.

B. Constitución sin valores

Una de las críticas frecuentes al activismo judicial de la Corte Constitucional es que en lugar de limitarse a aplicar el texto constitucional, ha creado, por medio de la interpretación, una nueva Constitución, con la excusa de descubrir los valores y principios implícitos en el texto constitucional, escudándose también en el argumento de la textura abierta de los preceptos constitucionales (Tamayo, 2010).

La anterior crítica se ilustra teóricamente con el debate entre el textualismo y la interpretación libre señalado en la obra *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, de John Hart Ely (1997). Según el textualismo los jueces constitucionales deben decidir los casos aplicando únicamente las normas expresas contenidas en la Constitución o las normas claramente implícitas que se derivan de ella. Según la interpretación libre, el juez constitucional debe ir más allá del texto explícito de la Constitución a la hora de resolver los casos sometidos a su decisión, es decir, debe interpretar la Constitución y desentrañar los valores y principios constitucionales apropiados para resolver el caso.

Si se adopta la doctrina de la interpretación libre, acogida por la Corte Constitucional colombiana y los defensores de un activismo judicial

5 Como sí lo tendría, por ejemplo, una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, que no solo declara la incompatibilidad de la norma con la Constitución (declaración de inconstitucionalidad) sino que además la expulsa del sistema jurídico (declaración de inexecutable) y, finalmente, impide que el legislador promulgue una nueva ley formalmente igual (cosa juzgada constitucional formal) o con los mismos contenidos normativos (cosa juzgada constitucional material).

fuerte, como medio de realización de los derechos consagrados en la Constitución de 1991, es necesario establecer criterios de interpretación claros, con el fin de evitar decisiones judiciales arbitrarias o contradictorias, en otros términos, es necesario crear un procedimiento para llegar en todos los casos a la solución constitucional correcta.

Ahora bien, la libre interpretación supone como presupuesto que la Constitución consagra una serie de contenidos sustanciales que requieren ser interpretados por el juez para resolver los casos concretos, así como unos valores sustanciales que en todo momento y lugar deben ser observados (verbigracia los derechos fundamentales, el principio de igualdad, libertad, etc.). Al respecto, Ely considera que la Constitución de Estados Unidos no consagró valores sino que estableció unos procedimientos para resolver las controversias políticas, es decir, dejó la selección de los valores sustantivos al poder político.

Me limito a afirmar que la Constitución original estaba principal, si no abrumadoramente, dedicada a problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos. La tesis de que estaba exclusivamente preocupada por tales asuntos sería ridícula (como lo sería cualquier tesis análoga acerca de un proyecto humano igualmente complejo). (Ely, 1997, p. 118.)

De esta forma Ely deja al control constitucional sin su presupuesto básico: la existencia de valores sustantivos que requieran ser protegidos por el juez constitucional frente al poder aplastante de la mayoría.

Incluso, el derecho a la propiedad, derecho clásico dentro de la teoría liberal, no constituiría un valor sustancial protegido en la Constitución de Estados Unidos, pues la enmienda quinta, según Ely, en lugar de consagrar la inviolabilidad de este derecho, describe el proceso de expropiación de la propiedad.⁶

Así las cosas, la Constitución Norteamericana no intentó establecer una ideología dominante o asegurar el cumplimiento de ciertos valores básicos, simplemente, se preocupó por la libertad, a la cual se llega por medio de procesos de decisión abiertos (Ely, 1997). Paradójicamente, uno de los pocos valores sustanciales que sí habría establecido la Constitución de Estados Unidos es la esclavitud, la cual solo fue abolida mediante la enmienda decimotercera.

Bajo el panorama de una constitución procesal descrita por Ely, los jueces tienen un papel limitado dentro de una sociedad democrática: el despeje de los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías. En pocas palabras, garantizar el proceso de toma de decisiones dentro de la sociedad, con el fin de evitar que un grupo se apodere de los canales políticos, es decir, los jueces son árbitros del debido proceso democrático, evitando las prácticas “anti monopolistas”, políticamente hablando.

En resumen, según el concepto de democracia y Constitución de Ely, los jueces no deben intervenir en la fijación de valores sustantivos, ni en la

⁶ Además del derecho de propiedad, Ely hace un análisis de los diferentes derechos consagrados en las enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, llegando a la conclusión de que la gran mayoría de dichas enmiendas fijan normas de procedimiento y no valores sustantivos.

resolución de las cuestiones fundamentales de una sociedad democrática, simplemente deben garantizar el debido proceso democrático para que los representantes del pueblo lleguen a decisiones imparciales.

C. La virtud de la deliberación

En este apartado se presenta una de las teorías democráticas más populares en el debate académico sobre democracia y constitucionalismo: la democracia deliberativa. Esta teoría ha sido defendida por reconocidos autores como Jon Elster, Carlos Santiago Nino y Roberto Gargarella, entre otros. Para comenzar, aunque las definiciones de democracia deliberativa difieren según el autor, considero que la de Elster expresa claramente sus dos características básicas:

- 1) Dimensión democrática: las decisiones colectivas se toman con la participación de todos los que pueden verse afectados por la decisión, o sus representantes.
- 2) Dimensión deliberativa: a las decisiones colectivas se llega por medio de un debate de argumentos ofrecidos por diversos participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad (Elster, 1998).

Como vemos, la democracia deliberativa es la apuesta a la libre discusión como medio para tomar las decisiones colectivas de una manera abierta a todos los posibles afectados por la decisión.

Aquí nos centraremos en la obra de Gargarella (1996), sus críticas tanto a las teorías tradicionales que defienden la revisión judicial de las leyes como a las teorías populistas que son hostiles a la revisión judicial de las leyes, y su apuesta por una teoría genuinamente radical donde el control constitucional tiene un papel limitado (desde el punto de vista sustancial) pero importante (desde el punto de vista procesal) para asegurar las condiciones del debate democrático.

En primer lugar, Gargarella nos presenta lo que él denomina una tradición conservadora en defensa de la revisión judicial de las leyes; según esta tradición el control constitucional se justifica por dos razones: (i) la dificultad inherente a las mayorías para adoptar decisiones razonables e imparciales, y además (ii) porque el control de los jueces también está legitimado, por cuanto en últimas éstos lo que hacen es aplicar la Constitución, la cual fue aprobada por la mayoría de la sociedad.

El primer argumento puede ilustrarse con la metáfora de Burke, según la cual al igual que los enfermos exponen los síntomas al médico para que éste decida el remedio pertinente, los ciudadanos deben dar a conocer sus problemas a los jueces (personas ilustradas) los cuales están en una mayor capacidad para aplicar el remedio apropiado a cada situación.

De ahí que Gargarella critique la revisión judicial de las leyes por considerar que es un mecanismo elitista y conservador, pues se deja la toma de decisiones importantes a un grupo selecto e ilustrado de jueces, privando al pueblo de participar en la adopción de decisiones que

lo afectan, por considerar que los ciudadanos comunes no están en capacidad intelectual de elegir correctamente decisiones trascendentales para la democracia.

Respecto al segundo argumento, Gargarella, coincidiendo en este punto con Ely, pone de presente la tensión entre la Constitución rígida y el derecho de las generaciones actuales de decidir las normas que los gobiernan, tensión a la que nos referiremos más adelante.

Por otro lado, Gargarella nos habla de la tradición radical populista, la cual se opone a los argumentos elitistas de la tradición conservadora, pues considera que todas las personas están dotadas de razón para intervenir en el debate político y adoptar decisiones políticas imparciales. Como consecuencia de esta excesiva confianza en las decisiones de la mayoría, la fuente de validez de las normas del ordenamiento jurídico es el consenso de la mayoría, por ende el control judicial a las decisiones adoptadas por la mayoría resulta incoherente dentro de esta tradición.

Sin embargo, no se rechaza totalmente el control de las leyes, ni se niega que las mayorías eventualmente se puedan equivocar, simplemente se reemplaza el control judicial de las leyes por un control político, así quien decide si la mayoría se equivocó, y por ejemplo está desconociendo un principio de la Constitución, no es una elite de abogados, sino un grupo de legisladores elegidos democráticamente para realizar este control. La dificultad de este control político de las leyes es evidente a primera vista, pues se

deja a la mayoría la defensa de los derechos de las minorías frente a las leyes expedidas por la misma mayoría.

Finalmente, Gargarella defiende la tradición genuinamente radical, según la cual para lograr decisiones imparciales es necesario consultar a todos los posibles afectados por la decisión, coincidiendo así con la tradición radical populista, pero diferenciándose de ésta, al reconocer que no siempre la mayoría va a llegar a decisiones imparciales, siendo necesario un control judicial de las leyes, con el fin de que los jueces perfeccionen la voluntad popular.

Ahora bien, aunque Gargarella acepta el control judicial de las leyes, limita el papel de dicho control a garantizar dos objetivos: (i) asegurar las condiciones del debate democrático, y (ii) evitar que el poder político a través de la promulgación de leyes perfeccionistas interfiera en cuestiones de moral privada de los ciudadanos.

Respecto al primer punto coincide con Ely, pues los dos consideran como una función importante del poder judicial, garantizar unos procesos de decisión, en otras palabras, supervisar que los procesos políticos de decisión estén abiertos a todos los participantes. Sin embargo, Gargarella critica la teoría de Ely, por considerar que se trata de una visión pluralista de la democracia, es decir, una teoría que se preocupa más por evitar que un grupo se apodere del poder, por mantener la estabilidad política, así como garantizar una igualdad formal para participar en los debates políticos, que por asegurar el predominio de las mejores ideas.

En este sentido, puede decirse también que la idea de igualdad propia de la visión pluralista no resulta completamente satisfactoria, puesto que –en pos de asegurar la estabilidad política– se preocupa menos de asegurar el predominio de las ideas más justas o más valiosas, que de impedir el predominio de unos grupos sobre otros (Gargarella, 1996, p. 156).

Así, frente a la democracia representativa defendida por Ely y su preocupación por una igualdad formal de participación en el debate político, Gargarella propone una democracia deliberativa, donde se promueve más la participación directa del pueblo en la toma de decisiones, pues se considera que las decisiones imparciales se logran a través de la reflexión colectiva donde todos los afectados por una decisión participan de su adopción.

En concordancia con su idea de democracia deliberativa, Gargarella considera que el Control Constitucional no puede tener la última palabra en cuestiones fundamentales ni determinar en última instancia qué medidas legislativas son válidas y cuáles no, pues dicha tarea corresponde a los órganos políticos mediante la deliberación, órganos que están controlados electoralmente y que, en caso de hacer mal su trabajo, pueden ser castigados por los votantes, de ahí que el sistema electoral se convierta en un seguro de que los representantes van a procurar hacer un buen trabajo con el fin de lograr su reelección.

Finalmente, Gargarella termina su libro con la siguiente invitación para los opositores de su teoría:

Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, diciendo cómo se regula el aborto, diciendo si está bien o mal consumir estupefacientes, diciendo cómo se puede distribuir los recursos sociales, y cómo no, etc.). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la “última palabra” en materia constitucional, cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con “buenos jueces”. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que – como tantas veces – prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones (Gargarella, 1996, p. 265).

En la parte final se tratará de dar respuesta a estas preguntas, pero antes, se explicarán brevemente las ideas básicas de una concepción sustancial de la democracia y, después, se hará una descripción del debate colombiano sobre la dificultad contramayoritaria.

D. Democracia sustancial y Constitución con valores

Hemos visto cómo el concepto de democracia así como el de Constitución han cambiado dependiendo de la posición del autor frente al

control constitucional, por ejemplo, para el constitucionalismo popular la Constitución no es un límite del poder, sino un medio para garantizar el gobierno de la mayoría, en consecuencia, el control constitucional de las leyes se torna innecesario. Por su parte, Ely adopta un concepto procedimental de Constitución, el cual se adapta muy bien a la democracia procedimental defendida por autores como Habermas, democracia en la cual, por ejemplo, no se garantizan los derechos sociales, sino simplemente las garantías procesales para llegar a decisiones orientadas bajo la regla de la mayoría.

En consecuencia, ante la inexistencia de derechos o valores qué proteger, el control constitucional de las leyes no tendría mayor sentido, y toda intervención de los jueces en la revisión de leyes que establecen o limitan derechos (salvo los derechos que a la vez son garantía del proceso democrático como el derecho al voto, la libertad de expresión, etc.) sería antidemocrática.

Por el contrario, si adoptamos una concepción sustancial de democracia, es decir, si diferenciamos entre regla de la mayoría y democracia, el control constitucional de los jueces sobre las leyes se torna indispensable. Me explico, se acepta la imposibilidad de llegar a consensos en todos los casos, siendo entonces necesaria la regla de la mayoría; sin embargo, no se puede confundir la democracia con la regla de la mayoría, esta última es la forma como se toman las decisiones en una democracia. Por lo tanto, es erróneo pensar que democracia es igual al gobierno incondicional de las mayorías (Uprimny, 2006), pues hay aspectos que deben

ser sacados del debate democrático por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, por ejemplo los derechos fundamentales, las garantías de las minorías, por citar algunas.

Ahora bien, una concepción procesal de la Constitución no sería compatible con la teoría sustantiva de la democracia, pues, precisamente es en la Constitución donde se consagran las reglas básicas del proceso democrático, reglas que no son solo procedimentales sino también sustanciales: derechos fundamentales, incluso en un sentido amplio también estarían consagrados los derechos económicos y sociales.

En pocas palabras, los seguidores de esta corriente consideran necesario abandonar la concepción “competencial” de la Constitución (o también llamada procedimental) y dar paso a una Constitución “valorativa”, en donde se establece un “orden objetivo” de valores a los cuales debe ceñirse el ejercicio del poder público y social (Arango, 2004).

En el caso colombiano, aunque la Constitución de 1991 consagra una gran cantidad de valores, éstos se pueden reducir a tres valores constitucionales fundamentales: la dignidad, la libertad y la igualdad (Arango, 2004, p. 162). Valores que deben servir de faro a la Corte Constitucional para resolver sus casos.

Bajo esta concepción de democracia y Constitución, los jueces tendrían un rol muy importante dentro de una sociedad democrática: defender los valores consagrados en la Constitución, sin importar si sus sentencias

desconocen leyes aprobadas por la mayoría de los representantes del pueblo, pues los jueces estarían igual de legitimados que el Congreso para intervenir en ciertos debates constitucionales.

A mi juicio, esta es la mejor alternativa para superar la contradicción entre la democracia y el constitucionalismo, y además, es la teoría que más se ajusta al sistema colombiano, como se explicará más adelante.

III. LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE DERECHOS Y AGRAVIOS

A continuación se mostrará el contexto general en el que se ha suscitado el debate sobre la intervención de la Corte Constitucional en otras áreas del derecho, para lo cual clasificaremos las críticas al activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana en tres clases: (i) críticas a la legitimidad democrática de la Corte; (ii) críticas a la conveniencia de las sentencias de la Corte, y (iii) críticas al efecto social de la jurisprudencia constitucional. La primera clase de críticas las podemos ubicar dentro del debate de la dificultad contramayoritaria; la segunda clase de críticas se sustentan en la idea del consecuencialismo económico como límite a la actividad del juez constitucional y, por otro lado, en las consecuencias para el debate político y la organización social que han generado o pueden generar las sentencias de la Corte Constitucional; la tercera y última clase de críticas se orientan hacia la capacidad de las sentencias de la Corte para proteger los derechos fundamentales y, en especial, los derechos sociales.

A. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho

En 1991 Colombia ingresó al club de países con tendencias hacia el neoconstitucionalismo o nuevo derecho constitucional, donde la Constitución adquiere la calidad de una norma jurídica, norma que además prevalece sobre las demás normas (principio de supremacía constitucional). Una de las definiciones más completas de neoconstitucionalismo la ofrece el profesor Luis Roberto Barroso:

un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en medio de las cuales se pueden señalar: i) como marco histórico, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; ii) como marco filosófico, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre derecho y ética, y iii) como marco teórico, al conjunto de cambios que influyen en la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Ese conjunto de fenómenos ha resultado en un proceso extenso y profundizado de la constitucionalización del derecho (2008, p. 17)

En efecto, la Constitución de 1991 marcó el paso de un legicentrismo o legocentrismo donde la ley era el centro del ordenamiento jurídico, a un sistema donde el ordenamiento jurídico gira en torno a la Constitución, a sus derechos, principios y valores. Constitución que ha dejado de ser una norma programática que fija valores

e ideales (sin fuerza vinculante) y plasma la organización del Estado, para convertirse en una norma jurídica vinculante, que contiene una carta de derechos y unas acciones para la protección de éstos.

En cuanto al concepto de validez del derecho, a partir de 1991 las normas jurídicas deben cumplir dos requisitos de validez, uno formal: que haya respetado el trámite de creación establecido en la Constitución y las leyes de mayor jerarquía; y otro material: que se encuentre acorde con las disposiciones constitucionales.

Este nuevo concepto de validez tiene gran trascendencia dentro del ámbito de adjudicación del derecho,⁷ pues implica que los jueces y todos los operadores jurídicos, a la hora de interpretar y aplicar el derecho, lo deben hacer a la luz de la Constitución, es decir, teniendo siempre presente los derechos, principios y valores constitucionales.

La consecuencia de estas nuevas premisas del neoconstitucionalismo es la expansión del derecho constitucional a las diferentes áreas del derecho, así como al medio político y social, expansión que se ha denominado la constitucionalización del derecho, y que implica un proceso de transformación del ordenamiento, que resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales, ordenamiento que se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, “*capaz de condicionar tanto la legislación como la*

jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (Guastini, 2007, p. 153).

Ahora bien, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha sido un juez constitucional bastante activo, que además de la función clásica de legislador negativo asignado a los tribunales constitucionales, ha proferido sentencias “progresistas”, en cuanto ha reconocido derechos a grupos tradicionalmente marginados, discriminados o perseguidos, como los indígenas, personas de la comunidad LGBT, desplazados, sindicalistas, etc.; del mismo modo, ha tocado temas sensibles como el aborto, la eutanasia, los derechos de las parejas del mismo sexo, entre otros.

Pero además del contenido de sus sentencias, la Corte también ha innovado en los efectos que a éstas le asigna. Me refiero a las sentencias modulativas, que condicionan la constitucionalidad de una norma a que sea interpretada de determinada manera, o que adicionan contenidos normativos a la ley para hacerla compatible con la Constitución, o simplemente, sentencias que tienen efectos retroactivos o diferidos en el tiempo, o son aplicables a todos los que se encuentran en las mismas condiciones del accionante, así no hayan participado en el proceso (efecto *inter comunis*). A continuación se mostrarán las críticas a este activismo judicial de la Corte Constitucional.

B. Corte antidemocrática

La Corte Constitucional frecuentemente es acusada de violar el principio de separación de

⁷ Entiéndase aquí por adjudicación del derecho, el proceso en el cual el juez o la administración resuelve un caso concreto (proceso civil, acción de tutela, solicitud pensional, etc.) adjudicando o negando un derecho reconocido por el derecho objetivo.

poderes al usurpar con sus sentencias las competencias del legislativo y el ejecutivo; se considera que el activismo sin límites de la Corte ha convertido a la justicia constitucional en una “*justicia colegisladora*” y “*coadministradora*”, que invade la órbita de acción de las otras ramas del poder desconociendo la tradicional separación entre éstas y atentando contra la seguridad jurídica (Molina, 2010a, pp. 15-47), por lo que se insta al retorno del legislador negativo, es decir, el juez que simplemente declara la exequibilidad o inexequibilidad de una norma sin producir soluciones intermedias, como las sentencias modulativas, y sin intervenir en la fijación de políticas públicas o en asuntos económicos (Núñez, 2005).

Ahora bien, la mayoría de los defensores del carácter antidemocrático de las decisiones de la Corte aceptan que el Congreso y el Ejecutivo no siempre hacen bien su trabajo, sin embargo, eso no justifica que la Corte Constitucional sea competente para suplir la labor de estos órganos y realizar su trabajo (Clavijo, 2001).

C. Magistrados inconsecuentes

Adicional a las críticas sobre el carácter contramayoritario de la Corte, se reprocha también las consecuencias de los fallos, especialmente las económicas. Por ejemplo, para Sergio Clavijo (2001) el problema está en que los jueces no tienen la preparación técnica para intervenir en asuntos económicos, por eso producen fallos sin pensar en las consecuencias económicas de estos, fallos que se han convertido en un factor

que obstaculiza el desarrollo económico y social del país.⁸

Para Salomón Kalmanovitz (2003) el problema radica en que jueces y economistas son formados bajo dos maneras muy distintas de pensar. El pensamiento jurídico es analógico o deontológico, es decir, contrasta la norma con las acciones de los agentes, en este sentido al jurista le interesa si la acción es conforme o no con las normas, pero le son indiferentes los efectos sobrevinientes de su fallo.

El pensamiento económico, a pesar de sus múltiples enfoques, es en términos generales deductivo, por lo que el economista está siempre pensando en los efectos de las acciones de los agentes, previendo segundas y terceras consecuencias.

Por otro lado, se afirma que las sentencias de la Corte Constitucional en que se reconocen derechos o se protegen a grupos minoritarios terminarán desmotivando el debate democrático. Para Núñez la asignación judicial de derechos, especialmente los derechos de última generación, no permite realizar los beneficios de la cooperación política (Núñez, 2005, p. 22). Es decir, que es mejor la adquisición de derechos por medio del debate político y no en los estrados judiciales, pues los ciudadanos terminarán

⁸ Clavijo cita como ejemplos de sentencias catastróficas para la economía los casos del UPAC y la indexación de los salarios de los servidores públicos, en las que a su juicio, un error recurrente de la Corte fue usar criterios de supuesta igualdad para procesos que requerían tratamientos diferenciales, por ejemplo, en el caso del UPAC los fallos de la Corte (C-700 y 747 de 1999) aunque con posibles loables intenciones, terminaron favoreciendo a las clases medias y altas y dificultando el acceso a los créditos de vivienda de las clases más bajas.

abandonando los foros públicos para instaurar demandas ante un juez de tutela.

D. Sentencias ineficaces

Por último, una tercera clase de críticas al control ejercido por la Corte Constitucional, que está relacionada con la clase anterior, se refiere a la efectividad de la jurisprudencia constitucional para proteger los derechos, especialmente, cuando la Corte reconoce un derecho a cierto grupo social, a pesar de que el legislativo lo había negado o no se había puesto de acuerdo sobre el mismo.

En resumidas cuentas lo que aquí se critica es la capacidad del juez constitucional para cambiar la realidad social. Por ejemplo, mediante Sentencia C-336 de 2008 la Corte reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo; así mismo les ha reconocido otros derechos y, sin embargo, estas sentencias no habrían cambiado el panorama de discriminación que se presenta dentro de la sociedad colombiana. El argumento entonces es que si no hay una aceptación social de estas uniones, es porque el pueblo no está de acuerdo con reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo, por tanto, la Corte no solo está actuando antidemocráticamente sino que, además, su sentencia es de difícil aplicación porque no cuenta con el respaldo popular que tendría una ley aprobada por el Congreso luego de una serie de debates y acuerdos políticos.

IV. DESCARTANDO TEORÍAS Y BUSCANDO SOLUCIONES

Es verdaderamente irresistible explorar teorías provenientes de sistemas jurídicos o políticos de otros países, especialmente si son naciones emblemáticas, con el fin de tratar de dar una solución a los problemas locales, sin embargo, muchas veces se usan teorías de autores foráneos con la convicción de que éstas son de aplicación universal, cuando en realidad, posiblemente, los autores simplemente pensaron en sus propias realidades o en países con condiciones fácticas similares, por tanto dichas teorías no logran solucionar nuestros problemas nacionales, o por lo menos aportar una solución coherente con la situación real.

En el caso del debate sobre la dificultad contramayoritaria, algunos autores han usado como base para construir sus argumentos contra el control constitucional, teorías del constitucionalismo popular, las teorías de Ely o Gargarella, entre otros, sin darse cuenta de que los supuestos fácticos que les sirven de base difieren radicalmente de los supuestos fácticos del caso colombiano. Incluso, Ely, Gargarella y Thusnet muchas veces se despreocupan de la aplicabilidad de sus teorías, y se dedican a realizar teorizaciones en abstracto. Aquí comparto lo dicho por Cass Sunstein: “*es difícil analizar la relación entre constitucionalismo y democracia en abstracto*” (Sunstein, 1988, p. 368).

Por tanto, en la primera parte de este apartado se pondrá de manifiesto la inoperancia de las teorías del constitucionalismo popular, la

inaplicabilidad de la teoría de Ely, y la inconveniencia de seguir los postulados de la democracia deliberativa en el caso colombiano. Posteriormente, fijaré mi postura frente a las preguntas que inspiraron este artículo: ¿Quién debe resolver las cuestiones fundamentales en una sociedad democrática? y ¿Quién debe tener la última palabra en una sociedad democrática?

A. ¿Constitucionalismo popular o tiranía de la mayoría?

Como se dijo en la segunda parte, el constitucionalismo popular defiende la participación directa o cuasi directa de los ciudadanos, pues desconfía de la delegación en otros de las decisiones que afecten a toda la sociedad, de ahí que sus premisas sean: (i) todas las personas están en capacidad de participar en la toma de las decisiones dentro de la sociedad, (ii) todas las ramas del poder público están en igualdad de condiciones para interpretar la Constitución; y (iii) entre más se delegue el poder de decidir, menos democrática es la sociedad.

Las premisas (i) y (iii) atacan la democracia meramente representativa, mientras que la premisa (ii) ataca la idea de una interpretación “elitista” de la Constitución por parte de una corte o tribunal constitucional.

Ahora bien, el constitucionalismo popular se olvida, o por lo menos descuida, los derechos de las minorías, pues: (i) elimina o limita severamente el control constitucional y (ii) adopta una concepción de Constitución procedimental. De este modo el poder político no tiene límite alguno, de ahí que una tendencia mayoritaria en un

momento determinado pueda desconocer los derechos de un grupo minoritario. Esto es bastante grave en sociedades multiculturales como la colombiana, donde la población está constituida por diversos grupos étnicos, raciales, religiosos, y donde además, algunas comunidades como la LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas) son constantemente atacadas por grupos ultra conservadores.

Quizá el constitucionalismo popular, y su optimismo por la sabiduría de las mayorías, sean apropiados para comunidades homogéneas pero no para un país multicultural, con una gran desigualdad social y, además, con un conflicto armado interno, como lo es Colombia. Incluso, en los países con sociedades más homogéneas sería de difícil compatibilidad el constitucionalismo popular y el respeto por los derechos fundamentales de toda la sociedad. Chemerinsky, por ejemplo, considera que el principal defecto del constitucionalismo popular es no reconocer que la protección de las minorías y sus derechos no se puede confiar a la mayoría (Chemerinsky, 2011, p. 96).

Del mismo modo, Chemerinsky critica la confianza excesiva en la sabiduría de las consultas populares:

Las iniciativas aprobadas popularmente, especialmente las que modifican constituciones estatales, parecen ser el epítome del constitucionalismo populista. Sin embargo, soy muy escéptico de los procesos impulsados por iniciativas populares, tras haber vivido en California los últimos veinte años y haber sido testigo de iniciativas populares que imponen sentencias de cadena perpetua a los ladrones

que roban en los supermercados, niegan prestaciones sociales a los extranjeros indocumentados y eliminan la acción afirmativa realizada por las administraciones estatales y locales (Chemerinsky, 2011, p. 77).

Aunque las iniciativas populares son democráticamente atractivas, pues son la máxima expresión del pueblo, eso no significa que debemos confiar ciegamente en ellas. Un ejemplo en el caso colombiano ha sido el tema del castigo para los abusadores sexuales de menores; en primer lugar, el Concejo de Bogotá expidió un acto administrativo que ordenaba publicar en vallas las fotos de los presuntos abusadores de menores, norma que tuvo un amplio apoyo popular, sin embargo, la abrumadora mayoría se olvidó de que los Concejos no pueden crear leyes, ni mucho menos modificar el Código Penal, aunque más que modificación lo que evidenció dicho Acuerdo fue un desconocimiento de los principios básicos del derecho penal, y lo más grave, la mayoría olvidó los derechos de los sindicados y condenados, incluso, tampoco tuvo en cuenta la opinión de todas las víctimas y sus familiares.

Evidentemente todos estamos de acuerdo en que los abusadores de niños deben ser severamente castigados, pero no podemos desconocer, como lo hizo el Concejo de Bogotá, ciertos derechos como el debido proceso. Además, era bastante discutible la efectividad de la norma, la cual fue finalmente retirada del sistema jurídico por inconstitucional. Actualmente, estos mismos promotores, ahora desde el Congreso

gracias al respaldo popular, promueven la cadena perpetua para los violadores de niños y apelan a la consulta directa del pueblo por medio de un referendo. De nuevo, aunque estos delincuentes merecen un castigo ejemplar, surge la pregunta: ¿Imponiendo una pena severa se disminuirán los delitos sexuales contra los menores?

En los últimos años el Código Penal ha sido modificado para incrementar las penas, sin embargo, los niveles de criminalidad han seguido incrementándose, lo que demuestra que el cambio de la norma jurídica no implica necesariamente el cambio de la realidad social. En otras palabras, el problema es de eficacia de la ley, no del contenido de la misma. Podemos incrementar más y más la pena, adoptar incluso la pena capital, sin embargo, si no garantizamos un sistema penal eficiente, que capture, procese y condene a los culpables, los índices de criminalidad no bajarán, en cambio, los índices de popularidad de quienes promueven el aumento de las penas como la solución mágica seguirá incrementándose a pesar de la ineficacia de sus propuestas, las cuales aunque bien intencionadas no logran solucionar el problema.

Podría citar otros ejemplos de normas promulgadas con un amplio respaldo popular que desconocen derechos de las minorías, como las que establecen amnistías encubiertas a violadores de derechos humanos, cambian las normas del juego político para procurar la permanencia de una élite en el poder, etc.; por todo esto el constitucionalismo popular no es la mejor alternativa para nuestro sistema jurídico.

B. Código procesal constitucional

Democracia y desconfianza de John Hart Ely es una obra de amplia influencia dentro del debate sobre la dificultad contramayoritaria. Como vimos antes, Ely limita el papel del juez constitucional a garantizar el despeje de los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías, sin embargo, la teoría de Ely parte de un presupuesto central: una Constitución que no establece valores sustantivos.

Ahora, miremos nuestra Constitución. Desde el mismo preámbulo establece valores fundamentales como la solidaridad, el trabajo, la prevalencia del interés general y la dignidad humana. Es decir, el presupuesto fáctico central que fundamenta la teoría de Ely no se da en nuestro caso, pues la nuestra lejos de ser una Constitución procesal es una Constitución comprometida con ciertos valores y principios.

Así, dejando de lado la discusión sobre si la interpretación de la Constitución de Estados Unidos por parte de Ely como una Constitución procedimental es correcta o no, es claro que la alternativa propuesta en *Democracia y Desconfianza* no es aplicable a nuestro sistema jurídico.

C. ¿Deliberación o negociación?

Según la democracia deliberativa defendida por Gargarella, para lograr decisiones imparciales es necesario consultar a todos los posibles afectados por la decisión; de este modo su teoría se asemeja al constitucionalismo popular pero se diferencia cuando reconoce que no siempre

la mayoría va a llegar a decisiones imparciales, siendo necesario un control judicial de las leyes, con el fin de que los jueces perfeccionen la voluntad popular.

Así, Gargarella considera que el control judicial de las leyes, debe: (i) asegurar las condiciones del debate democrático, y (ii) evitar que el poder político a través de la promulgación de leyes perfeccionistas interfiera en cuestiones de moral privada de los ciudadanos.

De este modo, la teoría de Gargarella parece más acorde con nuestro sistema jurídico puesto que acepta la existencia de valores que son necesarios de defender, así mismo, acepta un control constitucional con el fin de evitar leyes perfeccionistas. No obstante, parte de las siguientes premisas: (i) mediante la deliberación se llega generalmente a decisiones imparciales, (ii) el tribunal constitucional no está en capacidad de llegar a decisiones imparciales, dado, (a) su carácter elitista que tiende a defender principios conservadores, y (b) la imposibilidad de una deliberación al interior de la Corte.

Si examinamos esos presupuestos podemos ver que por lo menos en el caso colombiano no se cumplen, pues, (i) en el Congreso la mayoría de decisiones no se toman mediante un proceso deliberativo, (ii) la Corte Constitucional ha defendido principios liberales y progresistas, y (iii) hay mayores posibilidades de llegar a una decisión mediante un proceso deliberativo en la Corte Constitucional que en el Congreso.

En primer lugar, en el sistema político colombiano las leyes no son siempre el producto de

un debate argumentativo donde los mejores razonamientos prevalecen, por el contrario, la mayoría de normas jurídicas son resultado de negociaciones entre grupos de poder, familias o grupos económicos que tradicionalmente han detentado el dominio, pues para llegar al Congreso colombiano más que buenas ideas se requiere tener los medios económicos necesarios para financiar una campaña electoral, o ser un comediante o artista famoso con apoyo de un partido tradicional.

En resumen, el Congreso no está compuesto por representantes abnegados e ilustres que buscan el bien común, sino por personas apoyadas por grupos poderosos que negocian entre sí la expedición de normas, y solo, muy ocasionalmente, una ley es producto de un proceso deliberativo.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha caracterizado por ser progresista y no conservadora; ejemplo de esto son las sentencias sobre desplazamiento forzado, protección a sindicalistas y grupos indígenas, despenalización parcial del aborto, la dosis personal, entre otros temas.

Finalmente, en las cortes puede ser más fácil la deliberación porque no hay la presión de quedar bien o de ganar la simpatía de los votantes. Es un hecho que los legisladores están siempre pensando cómo lograr votos para su reelección, de ahí que no se comprometan a impulsar proyectos de ley impopulares, como por ejemplo el matrimonio entre parejas del mismo sexo (porque pierden el apoyo de las comunidades religiosas) o la protección a los

usuarios del sistema financiero (pues ponen en riesgo el apoyo económico de los bancos para la próxima campaña electoral). En consecuencia, los legisladores prefieren eludir estos temas, o bien, pronunciarse sobre estos problemas pero previo proceso de negociación con los posibles afectados por la ley, con el fin de disminuir al máximo el costo político. En pocas palabras, los presupuestos fácticos de la teoría de Gargarella tampoco están presentes en el sistema jurídico y político colombiano.

D. Control constitucional fuerte como propuesta

Hasta aquí se han expuesto las contradicciones de los conceptos de democracia y Constitución, las teorías que buscan superar dicha contradicción, así como la inaplicabilidad de tales teorías en el caso colombiano. Adicionalmente, se describieron brevemente las críticas al activismo de la Corte Constitucional, críticas que se fundamentan en buena parte en las teorías del constitucionalismo popular, la constitución procedimental y la democracia deliberativa, que como explicamos antes, son teorías que tiene como base supuestos fácticos que no se ajustan al sistema jurídico y político colombiano. Corresponde ahora brindar una respuesta a las siguientes preguntas: ¿Quién debe resolver las cuestiones fundamentales en una sociedad democrática? y ¿Quién debe tener la última palabra en una sociedad democrática? Aclaro que más que una teoría bien elaborada, solo pretendo brindar una propuesta inicial, sujeta a críticas y modificaciones.

En principio, mi propuesta acepta que a pesar de todas sus falencias, el Congreso debe ser el primer espacio para resolver las cuestiones fundamentales de la sociedad colombiana, sin embargo, existen dos casos en los cuales la Corte Constitucional debe intervenir respecto a las decisiones mal tomadas o aplazadas por el legislativo: en primer lugar, es legítimamente democrático que la Corte intervenga cuando el Congreso desconoce los valores o principios constitucionales; en segundo lugar, cuando el Congreso guarda silencio sobre un conflicto constitucional y de ese silencio se deriva una grave afectación para los derechos fundamentales de un grupo social, en este caso la Corte debe intervenir para hacer efectiva la Constitución.

En efecto, la actividad legislativa no es ilimitada, pues debe respetar: (i) las disposiciones constitucionales que contemplan los procedimientos de decisión y, (ii) los valores consagrados en la Constitución. Esto implica el poder de la Corte de retirar del ordenamiento jurídico aquellas normas que no estén acordes con las disposiciones constitucionales, tanto procesales como sustanciales. De ese modo rechaza el concepto de democracia o constitución procedimental.

Por otro lado, considero apropiado que la justicia constitucional, ante el silencio del legislativo, asuma una posición frente a un conflicto constitucional, esto con el fin de evitar un desconocimiento de los derechos de grupos minoritarios.

Así por ejemplo, frente a la falta de consenso en el Congreso sobre un determinado tema, por ejemplo, el aborto, la Corte Constitucional debe intervenir para resolver la tensión entre

los derechos de la madre y del ser que está por nacer, y evitar que se sigan vulnerando los derechos de las mujeres, pues los ciudadanos no se pueden quedar indefinidamente esperando a que el Congreso llegue a un consenso.

Otro ejemplo clave son los derechos de la comunidad LGBT, especialmente los derechos derivados de las uniones entre personas del mismo sexo. En este caso es difícil que el Congreso llegue a un acuerdo debido a las implicaciones religiosas y morales del tema, y al costo político de tomar partido en uno u otro sentido. Ante esta situación la Corte debe intervenir para evitar que se continúen desconociendo los derechos de las parejas del mismo sexo.

Ahora, ¿deben ser definitivas las decisiones de la Corte Constitucional? Con el fin de garantizar la seguridad jurídica, considero pertinente responder afirmativamente a esta pregunta porque un control débil de constitucionalidad como el defendido por Tushnet, puede generar un enfrentamiento entre las Cortes y el legislativo ocasionando una inestabilidad jurídica. Además, un control débil de constitucionalidad en que la Corte Constitucional no tenga la última palabra desconoce el carácter jurídico de ésta y la convierte en un órgano consultivo dependiente del Congreso.

A manera de balance, reconozco que la Corte Constitucional ha tomado decisiones desafortunadas, sin embargo, son muchas más las sentencias que han protegido efectivamente los derechos y valores constitucionales. No obstante lo anterior, se podría decir que apostarle a un control constitucional fuerte puede ser

peligroso, pues estaríamos dependiendo de los jueces de turno.

Un ejemplo es el caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos, criticada por los liberales por su ideología conservadora con ocasión del caso *Lochner v. New York*, y posteriormente criticada por los conservadores por su tendencia liberal durante la época de la Corte Warren.

Se podría pensar, por ejemplo, que al asignarle tanto poder a la Corte ésta podría ser invadida por magistrados ultra conservadores que decidan desconocer ciertos derechos fundamentales reconocidos por los actuales magistrados, sin embargo, es difícil que se presente tal situación, en primer lugar, porque la misma Constitución actúa como límite al poder de la Corte porque aunque tiene preceptos amplios susceptibles de interpretación, existen disposiciones claras que no admiten mayor duda, como la prohibición de pena de muerte del artículo 11.

Además, el precedente judicial también actúa como un límite interno de la Corte, en consecuencia, un magistrado nuevo no podría desconocer las garantías reconocidas jurisprudencialmente a los desplazados, a lo mucho podría limitarlas pero tendría de todos modos que respetar su núcleo esencial.

Por el contrario, si optamos por un poder político ilimitado, siempre estaríamos en peligro de que los nuevos congresistas decidan cambiar la Constitución y, por ejemplo, reformar las garantías del debido proceso, como ya se intentó hacer mediante la expedición de una norma para combatir el terrorismo, la cual

afortunadamente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Finalmente, y para responder las inquietudes de Gargarella sobre por qué es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata sigan decidiendo cuestiones sustantivas y tengan la última palabra, a pesar de lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder, debo decir que no es posible responder tales preocupaciones de manera abstracta, sino que se debe partir de un hecho concreto. En el caso de Colombia, como lo expliqué antes, el balance del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional ha sido positivo debido a que no existe una responsabilidad electoral. Los grupos de poder son más fuertes en el legislativo que en la rama judicial, y las decisiones producto de un proceso deliberativo son más comunes en la Corte Constitucional que en el Congreso. Por lo anterior, prefiero depositar mi confianza en los jueces y no en el Congreso.

V. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones se puede decir que:

1. Las teorías expuestas por los defensores del constitucionalismo popular, la democracia deliberativa y la democracia procedimental no son aplicables al caso colombiano puesto que éstas se basan en supuestos fácticos que no se encuentran en nuestro sistema político y jurídico, por ejemplo: una Constitución procedimental, un órgano legislativo donde las decisiones se tomen mediante procesos

- deliberativos, o una Corte elitista que adopta decisiones conservadoras. En consecuencia, muchas de las críticas de los autores nacionales (que se apoyan en dichas teorías) al control constitucional ejercido por la Corte Constitucional carecen de rigor académico.
2. Para la elaboración de una teoría que concilie los principios democráticos con los principios del constitucionalismo es necesario partir de los supuestos fácticos presentes en el sistema político y jurídico en el que se pretende aplicar dicha teoría.
 3. A pesar de todas sus falencias, el Congreso debe ser el primer espacio para resolver las cuestiones fundamentales de la sociedad colombiana, sin embargo, existen dos casos en los cuales la Corte Constitucional debe intervenir: (i) cuando el Congreso adopta una decisión incorrecta, es decir, una decisión que desconoce los valores o principios constitucionales, y (ii) cuando el Congreso guarda silencio sobre un conflicto constitucional y de ese silencio se deriva una grave afectación para los derechos fundamentales de un grupo social.
 4. La intervención de la Corte Constitucional está justificada por los derechos, principios y valores constitucionales, preceptos constitucionales que caracterizan una Constitución valorativa, la cual es compatible con una democracia sustancial. De este modo, la tensión entre democracia y constitucionalismo se atenúa, pues se parte de la idea de que en la democracia hay ciertos temas que están por fuera del debate político (derechos fundamentales, y principios y valores constitucionales).
 5. Las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional deben ser definitivas, es decir, no pueden ser susceptibles de modificación por el legislativo, a menos que se promueva una reforma constitucional; esto con el fin de garantizar la estabilidad política.

Bibliografía

Arango, Rodolfo. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barroso, Luis Roberto. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: Universidad Autónoma de México.

Bickel, Alexander. (1986). *The last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Yale University Press.

Bobbio, Norberto. (2004). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Chemerinsky, Erwin. (2011). *En defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo populista*. Bogotá: Siglo del hombre editores.

Clavijo, Sergio. (2001). "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000", en: *Revista de Derecho Público* No. 12. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Elster, Jon. (1998). *Deliberative democracy*. New York: Cambridge University Press.
- Ely, John Hart. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá: ediciones Uniandes.
- Gargarella, Roberto. (1996). *La justicia frente al gobierno*. 1ra edición, Barcelona: Ariel.
- González, Jorge. (2011). *¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Guastini, Riccardo. (2007). *Estudios de Teoría Constitucional*. 3ra edición, México: Fontamara.
- Kalmanovitz, Salomón. (2003). *Ensayos sobre la Banca Central en Colombia*. Bogotá: editorial Norma.
- Liphart, Arend. (1991). *Las democracias contemporáneas*. 2da edición. Barcelona: Ariel.
- Loewenstein, Karl. (1959). *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel.
- Molina Betancur, Carlos Mario. (2010). La Corte Constitucional, autoridad económica. En: Molina Betancur, Carlos Mario (compilador). *Corte Constitucional y Economía*. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 15-47.
- Nino, Carlos. (1997). *La Constitución de la Democracia deliberativa*. 1^{ra} edición. Barcelona: Gedisa S.A.
- Núñez, Antonio José. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis.
- Sunstein, Cass. (1988). Constituciones y democracia: epílogo, en Elster, J. y Slagstad, R. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mónica Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 344-371.
- Tamayo, Javier. (2010). La Corte Constitucional y la nueva interpretación del derecho. En Molina, Carlos Mario. *Corte Constitucional y estado comunitario*. 1^{ra} edición. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 81-170.
- Tushnet, Mark. (2008). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princenton University Press.
- Uprimny, Rodrigo. (2006). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía, en: Uprimny, Rodrigo; Rodríguez, Cesar; García, Mauricio. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma, pp. 147-197.