

Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá¹

JORGE ERNESTO ROA ROA²

Este artículo contesta el argumento de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes. La tesis principal del artículo es que las cuatro condiciones waldronianas (core of the case) necesarias para que exista una sociedad bien ordenada son demasiado exigentes para el sistema democrático de Colombia. Por esa razón, las objeciones formuladas por Waldron al control de constitucionalidad no son aplicables al caso colombiano. Solo una interpretación excesivamente minimalista de las cuatro condiciones de una sociedad core of the case permitiría aplicar esa crítica al control de constitucionalidad en Colombia.

CONTENIDO

Introducción	2
1. La crítica de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes.....	2
1.1 El objeto limitado de la crítica: el control fuerte de constitucionalidad de las leyes de carácter posterior y la irrelevancia de los resultados.....	2
1.2. Las cuatro condiciones de aplicación de la crítica: el core of the case	3
1.3. El argumento en contra de la revisión judicial de las leyes: Waldron a favor del legislador	3
1.4 Waldron en contra de los jueces: los errores de cinco argumentos favorables al control de constitucionalidad	4
2. LA acción pública de constitucionalidad y el core of the case: jeremy waldron reflexivo en bogotá	5
2.1 El dilema waldroniano: a mayor grado de exigencia del core of the case, menor alcance del ataque al control de constitucionalidad.....	5
2.2 El sistema democrático colombiano como un non core case	6

¹ Síntesis elaborada por: **Paula Davoglio Goes**

² Roa Roa, Jorge Ernesto. (2019): “*Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá*”. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre, pp. 57-98.

ARTÍCULO

2.3 La acción pública de constitucionalidad a salvo del core of the case	7
Conclusión	7

INTRODUCCIÓN

El objetivo del artículo es, a partir del argumento de Jeremy Waldron, retomar uno de los ataques más difundidos en contra de la revisión judicial de las leyes, examinar sus efectos concretos para el sistema colombiano de control de constitucionalidad y elaborar una serie de respuestas a las críticas que hacen parte del denominado núcleo del argumento en contra del *judicial review*. El artículo se divide en dos grandes partes. En la primera, se hace una disección de la teoría de Waldron sobre la ilegitimidad democrática del control de constitucionalidad. En la segunda, se demuestra que las tesis de Waldron corresponden a una teoría estándar del control de constitucionalidad con muchas dificultades para ser aplicadas seriamente al sistema político y al diseño institucional del control de constitucionalidad de países como Colombia.

1. LA CRÍTICA DE JEREMY WALDRON EN CONTRA DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES

La tesis central de Waldron es que siempre que en una sociedad funcionen adecuadamente las instituciones democráticas y los ciudadanos tomen en serio sus derechos, no habrá ninguna razón concluyente que permita colegir que los derechos serán mejor protegidos por los jueces que por el legislador.

1.1 EL OBJETO LIMITADO DE LA CRÍTICA: EL CONTROL FUERTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DE CARÁCTER POSTERIOR Y LA IRRELEVANCIA DE LOS RESULTADOS

Waldron afirma que sus argumentos se dirigen contra la revisión judicial que tiene por objeto controlar la constitucionalidad de las leyes; mientras que deja a salvo la revisión judicial que tiene por objeto el control de la acción ejecutiva o de las decisiones administrativas. En tal sentido, su punto de mira es el procedimiento judicial que tiene por objeto el control de los actos normativos ordinarios del legislador, pero sus críticas se dirigen hacia el control posterior de constitucionalidad. Además, su crítica recae solo sobre los modelos en donde los jueces tienen competencias amplias, como dejar de aplicar una ley, modificar la interpretación de esta, o expulsarla del ordenamiento jurídico.

El autor afirma que sus argumentos pertenecen a una discusión en abstracto sobre la compatibilidad del *judicial review* con la democracia. Según Waldron, los resultados judiciales son irrelevantes en el debate sobre el control de constitucionalidad porque ningún efecto favorable para la protección de los derechos constitucionales puede ocultar que ha sido el producto de una institución que tiene un alto coste para la democracia.

1.2. LAS CUATRO CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA CRÍTICA: EL CORE OF THE CASE

Waldron señala que su crítica no tiene un potencial geográfico universal, sino que el núcleo de su argumento (*core of the case*) funciona en una sociedad imaginaria que satisfaga los siguientes elementos: instituciones democráticas y un conjunto de instituciones judiciales con un funcionamiento razonablemente correcto, un compromiso por parte de la mayoría de la sociedad con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y un desacuerdo persistente, substancial y de buena fe acerca de los derechos.

La primera condición exige que las instituciones democráticas realicen una deliberación de calidad, hagan un buen trabajo y privilegien el principio de igualdad política. La segunda, que el poder judicial debe gozar de un especial respeto por parte de la sociedad, estar protegidos frente a las presiones políticas (independencia judicial) y caracterizarse por un fuerte compromiso con la protección de los derechos de cualquier persona. El tercer está relacionado especialmente con los derechos y libertades de las minorías. El cuarto deriva del hecho de que el disenso no se trata solamente de un problema de hermenéutica jurídica, sino de un desacuerdo que obliga a que la colectividad discuta sus dilemas más serios y centrales sobre difíciles cuestiones morales y políticas

1.3. EL ARGUMENTO EN CONTRA DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES: WALDRON A FAVOR DEL LEGISLADOR

Aunque Waldron no cree que haya una oposición irremediable entre el control de constitucionalidad y el sistema democrático, sí sostiene que, en cumplimiento del *core of the case*, las sentencias de las autoridades judiciales que inaplican o invalidan los actos normativos proferidos por el legislador no satisfacen un estándar mínimo de legitimidad democrática. En su visión, existen dos clases de razones que deben ser tenidas en cuenta para determinar cuál es el escenario legítimo para la resolución de los desacuerdos: razones basadas en el procedimiento, que debe ser el legislativo, y razones basadas en los resultados, y apunta que procedimiento judicial puede resultar idóneo o tener muchas deficiencias como métodos para resolver los desacuerdos dentro de la sociedad.

Según el autor, los que defienden el *judicial review* apuntan que este procedimiento tiene tres ventajas: (i) los jueces resuelven desacuerdos en el contexto del caso concreto; (ii) con base en la declaración de derechos y (iii) mediante procesos deliberativos y argumentativos.

Para Waldron la primera ventaja no se aplica, puesto que cuanto más alto llega un caso dentro de la jerarquía judicial, más abstracto son los razonamientos del tribunal. Cuanto a la segunda ventaja, limitar la resolución del caso a la declaración de derechos escrita conduce a que los jueces sometan su decisión a parámetros textuales que poco tienen que ver con el contenido axiológico y trascendente. Sobre la tercera y última ventaja el autor argumenta que el procedimiento jurídico lleva a los jueces a concentrarse en aspectos secundarios a los debates que plantea el desacuerdo concreto sobre un derecho, mientras

ARTÍCULO

que el procedimiento legislativo se concentra siempre en los debates morales que incorpora el desacuerdo.

Sin embargo, los argumentos en favor del legislador son débiles. Por un lado porque el procedimiento legislativo también tiene que tomar en cuenta diversos formalismos, como lo hace el judicial, y por otro, porque los debates legislativos tampoco son ejemplos destacables de brevedad y concreción.

1.4 WALDRON EN CONTRA DE LOS JUECES: LOS ERRORES DE CINCO ARGUMENTOS FAVORABLES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Un primer aspecto que cuestiona Waldron sobre el control de constitucionalidad es la posibilidad de los jueces inaplicar o invalidar una ley contraria a la Constitución, porque, en esos casos, los tribunales se limitan a garantizar la prevalencia del texto constitucional sobre las disposiciones legales. El autor argumenta que la existencia de un texto constitucional que incorpora un catálogo de derechos no elimina los desacuerdos dentro de la sociedad.

Dentro de esta lógica, el autor también cuestiona la interpretación de que los jueces son los garantes de un precompromiso que vincula toda la sociedad con los valores públicos establecidos en el texto constitucional. Para él en ningún caso es deseable que sean los jueces quienes realicen esa operación, y tampoco es aceptable que los jueces puedan desconocer o invalidar la actualización del precompromiso realizada por el legislador.

Un tercer elemento que Waldron refuta es la posibilidad de reformar la Constitución ante la invalidación de una ley que fue considerada contraria a sus valores públicos. Esta salida es considerada costosa porque desconoce las dificultades para reformar la Constitución y no da cuenta de las razones por las cuales la sociedad debe hacer el esfuerzo de modificarla cada vez que una decisión judicial se opone a una política legislativa.

El autor también cuestiona el proceso de elección de los miembros del tribunal supremo. Puesto que el pueblo no elige directamente a los jueces, estos carecen de legitimidad de origen. Sin embargo, los jueces tienen legitimidad derivada, puesto que los legisladores y el ejecutivo intervienen en las elecciones de los jueces constitucionales.

La quinta forma de defensa del control de constitucionalidad en el punto de mira de Waldron mantiene que el proceso de revisión judicial de las leyes es una forma de participación ciudadana en los procesos en los cuales se adoptan las decisiones que resuelven los desacuerdos dentro de la sociedad. La tesis central del autor es que no se pueden equiparar los diferentes mecanismos de participación de los ciudadanos en los procesos políticos de resolución de los desacuerdos con un proceso judicial.

2. LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CORE OF THE CASE: JEREMY WALDRON REFLEXIVO EN BOGOTÁ

En una conferencia en Bogotá, Waldron criticó expresamente el carácter representativo de los tribunales constitucionales y formuló dos propuestas: i) repensar las mayorías con las cuales se decide sobre la constitucionalidad de la ley para establecer una más exigente que la mayoría simple, y ii) asumir enfoques de deferencia al momento de evaluar la constitucionalidad de la ley y antes de conceder todas las pretensiones de quienes impugnan los actos normativos. Sin embargo, existen cuatro vías para refutar la tesis del autor.

La inexistencia de un nivel mínimo de optimización del sistema democrático colombiano es demoledora para la aplicación de los argumentos de Waldron porque ubica a Colombia por fuera del *core of the case*, en un punto tal que hasta el propio autor compartiría la idea de que, bajo esos supuestos, sus objeciones no pueden ser aplicadas a este país. Sin embargo, incluso en la presencia de las condiciones ideales las críticas del autor resultan injustificadas, puesto que el control de constitucionalidad tiene ventajas institucionales que lo hacen valioso para el sistema democrático.

La tercera forma de contestar a Waldron es demostrar que existe una conexión entre la configuración del sistema de control de constitucionalidad y los resultados de este. Por ejemplo, es plausible demostrar que la no apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía es un elemento determinante de sus resultados. La estrategia final para refutar los argumentos de Waldron es sostener que la diferencia entre modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad no es una dicotomía fatal.

2.1 EL DILEMA WALDRONIANO: A MAYOR GRADO DE EXIGENCIA DEL CORE OF THE CASE, MENOR ALCANCE DEL ATAQUE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El grande dilema en que se encuentra el autor está relacionado con el nivel de exigencia necesario para considerar que una sociedad determinada hace parte del *core of the case*. Teniendo en cuenta que este cuadro de perfección es extremadamente utópico, el grado de aplicación de los argumentos de Waldron en contra del control de constitucionalidad también lo pasa a ser. Por el contrario, si el autor disminuye el estándar de exigencia de sus cuatro condiciones con la pretensión de ampliar la cobertura de sus ataques al control de constitucionalidad, tal reducción puede conducir a que se incluya como sociedades *core of the case* a aquellas que se encuentran por debajo de un estándar mínimo. Lo más probable es que, en estas últimas, los argumentos contra la revisión judicial de las leyes no resulten satisfactorios.

2.2 EL SISTEMA DEMOCRÁTICO COLOMBIANO COMO UN NON CORE CASE

Colombia no cumple ni con la primera, buen funcionamiento del órgano legislativo, ni con la tercera, la actitud individual de los miembros de la sociedad frente al bien público y los derechos de los demás, condiciones del *core of the case*.

No es suficiente con que se cumplan ciertas condiciones formales del sistema democrático (*i.e.*, sufragio universal, libre y secreto, o procedimientos legislativos públicos y ordenados), sino que la sociedad *core of the case* debe contar con un órgano legislativo independiente en el cual los “debates son realizados bajo una cultura de la democracia, evaluando responsablemente la deliberación y la igualdad política. Tampoco se nota que los ciudadanos creen en la importancia de los derechos, en su garantía efectiva, y que asuman un compromiso serio sobre ese aspecto.

Las propiedades del sistema político y democrático colombiano no solo justifican plenamente la existencia del control de constitucionalidad, sino que respaldan el establecimiento de una Corte Constitucional muy poderosa, con amplias competencias de control judicial y altamente activista. Como afirma Cepeda, “el sistema político colombiano está afectado por deficiencias que llevan a que la población recurra a medios alternativos, frecuentemente judiciales, para resolver problemas que no fueron resueltos en el foro político”.

El desencanto ciudadano frente a la política ha generado profundos sentimientos de decepción que se traducen en desinterés y en altos niveles de abstención electoral. Adicionalmente, la desconexión entre el legislador y la ciudadanía reduce el rechazo popular a las decisiones judiciales que invalidan una ley y fortalecen el respaldo a la Corte Constitucional cuando depura el ordenamiento jurídico de leyes que, además de ser contrarias a los valores públicos de la Constitución, fueron aprobadas por motivos de interés privado, con procedimientos marcados por la corrupción y el clientelismo, o con el fin de beneficiar a un sector de la élite empresarial o política. Un tribunal activista puede no ser compatible con la democracia tipo *core of the case*, pero todas son imprescindibles en un modelo *non core case* como el colombiano.

Otro aspecto relevante que afecta al sistema democrático y niega el cumplimiento de la tercera condición del *core of the case* es la debilidad de los movimientos sociales. Esa debilidad de los movimientos sociales ha contrastado con el progresivo fortalecimiento de sectores de la sociedad civil que han utilizado la acción pública de constitucionalidad como un mecanismo para obtener la protección de sus derechos o para la protección de los derechos de otros ciudadanos.

Además de todo lo anterior, otro elemento que niega la aplicación de las objeciones basadas en el *core of the case* tiene relación con los altos niveles de pobreza, miseria y desigualdad de la población colombiana.

2.3 LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD A SALVO DEL CORE OF THE CASE

Incluso los sistemas que satisfacen los estándares establecidos por Waldron también tienen razones suficientes para rechazar sus objeciones al control de constitucionalidad. Richar Fallon, por ejemplo, defiende que el control de constitucionalidad funge como una vía para reforzar la protección de los derechos constitucionales y Rosalind Dixon señala que existen *puntos ciegos* dentro del sistema democrático que justifican la intervención del poder judicial para que este ponga el foco de atención en aquellos aspectos que el legislador no logró percibir.

Fallon sostiene que los tribunales aportan una visión o perspectiva diferente que permite identificar las violaciones a los derechos constitucionales. En consecuencia, la conjunción entre una democracia *core of the case* y el control de constitucionalidad genera una sobreprotección deseable de los derechos constitucionales, así el control de constitucionalidad es un mecanismo adicional al servicio de la protección de los derechos constitucionales.

Además, la tesis de Dixon es que los *puntos ciegos* pueden ser de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento. Estos ocurren, respectivamente, cuando: i) los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley que desde un punto de vista abstracto parece conforme con la Constitución puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; ii) no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad, y iii) se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja por fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional. La autora también hace referencia a la inercia legislativa.

El control de constitucionalidad evita los retrocesos, remedia los retrocesos parciales y estimula avances permanentes dentro del sistema democrático.

CONCLUSIÓN

La idea central de este texto es que, en contra de la aplicación acrítica de la teoría estándar sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, la mejor manera de honrar las tesis de Waldron es cuestionar su aplicación a un contexto y un diseño institucionales determinados. Deliberar seriamente sobre las respuestas que el modelo colombiano de control de constitucionalidad puede tener frente a los reclamos de legitimidad democrática fortalece la discusión sobre la mejor manera de resolver nuestros desacuerdos y proteger nuestros acuerdos como sociedad. Además, permite conocer las fortalezas de nuestros diseños institucionales y los aportes que su funcionamiento puede hacer a una teoría general sobre la compatibilidad entre la democracia y la justicia constitucional.