



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

ISSN: 2346-2051

Universidad Externado de Colombia

ROA ROA, JORGE ERNESTO

Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá\*

Revista Derecho del Estado, núm. 44, 2019, Septiembre-Diciembre, pp. 57-98

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.04>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662820004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá\*\*

## Judicial review, deliberation and democracy in Colombia: Jeremy Waldron hesitates in Bogotá

*Si me hubiesen invitado hace veinte años, yo habría hecho  
una presentación mucho más categórica y les habría dicho:  
el control de constitucionalidad fuerte está mal, mal, mal;  
pero me han invitado en un momento de reflexión y de duda<sup>1</sup>.*

Jeremy Waldron

### RESUMEN

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.

Además, el artículo mantiene que el argumento de Waldron resulta afectado por una paradoja. Esta consiste en que una interpretación exigente de

\* Doctor en Derecho *summa cum laude* y mención internacional (Ph.D. in Law) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Teoría Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Público Comparado de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Ha sido profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Contacto: [jorge.roa@uexternado.edu.co](mailto:jorge.roa@uexternado.edu.co)

ORCID ID: 0000-0003-1117-2302.

\*\* Recibido el 19 de noviembre de 2018, aprobado el 11 de junio de 2019.

Para citar el artículo: ROA ROA, J. E. *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 de 2019, pp. 57-98.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.04>

1 WALDRON, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. Conferencia impartida en la Corte Constitucional de Colombia el 4 de agosto de 2017. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=8l\\_WGqY3qMA](https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY3qMA) La frase exacta se puede escuchar en: [https://youtu.be/8l\\_WGqY3qMA](https://youtu.be/8l_WGqY3qMA) (1:03:20).

las cuatro condiciones del *core of the case* deja fuera a la mayor parte de las democracias del mundo. Por el contrario, una interpretación flexible de esas condiciones aumenta el potencial aplicativo de las objeciones waldronianas, pero les resta fuerza. El artículo demuestra que, en contextos que apenas satisfacen las cuatro condiciones bajo mínimos, el control de constitucionalidad puede resultar necesario y útil para el propio sistema democrático con el fin de superar las cargas de inercia y los puntos ciegos del proceso legislativo que afectan la protección efectiva de los derechos constitucionales. En estos casos, los jueces ordenan remedios directos que no pueden ser objeto de reproche democrático en virtud de que el propio legislador ha defraudado las expectativas respecto del rol que le corresponde dentro de la organización política.

#### PALABRAS CLAVE

Democracia, deliberación, legitimidad democrática, control de constitucionalidad, Jeremy Waldron, cargas de inercia, puntos ciegos.

#### ABSTRACT

Regarding the Jeremy Waldron's argument against judicial review of legislation, the article concludes that the four conditions (*core of the case*) necessary for a well-ordered society are too demanding for the Colombian democratic system. For this reason, Waldron's objections to the judicial review are not applicable to the Colombian case. Only an excessively minimalist interpretation of the *core of the case* society would allow to apply this criticism to the judicial review of legislation in Colombia.

In addition, Waldron's argument faces a paradox: a demanding interpretation of the four conditions (*core of the case*) leaves out most of the world's democracies. To the contrary, a flexible interpretation of these conditions increases the potential application of Waldron's objections but reduce its power. In contexts that barely meet the four minimum conditions, judicial review of legislation may be necessary and useful for the democratic system itself to overcome the inertial burdens and blind spots of the legislative process that undermines the effective protection of constitutional rights.

That means that even the *core of the case* democracies can fail due to the existence of inertial burdens and blind spots. These problems generate situations of violation or under-protection of rights that can be remedied through judicial review. In these cases, judges order direct remedies that cannot be criticized because the legislator himself is below expectations according to its role within the political organization.

## KEYWORDS

Democracy, Deliberation, Democratic Legitimacy, Judicial Review, Jeremy Waldron, Inertial Burdens, Blind Spots.

## SUMARIO

Introducción. 1. La crítica de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes. 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. 1.2. Las cuatro condiciones de aplicación de la crítica: el *core of the case*. 1.3. El argumento en contra de la revisión judicial de las leyes: Waldron a favor del legislador. 1.3.1. Argumentos basados en los procedimientos. 1.3.2. Argumentos basados en los resultados. 1.4. Waldron en contra de los jueces: los errores de cinco argumentos favorables al control de constitucionalidad. 1.4.1. La mayor legitimidad democrática del texto constitucional en relación con las leyes ordinarias. 1.4.2. La Constitución como un precompromiso. 1.4.3. La reforma constitucional como respuesta al control de constitucionalidad de las leyes. 1.4.4. El proceso de elección de los jueces del tribunal constitucional. 1.4.5. Los elementos participativos del proceso de control de constitucionalidad. 2. La acción pública de constitucionalidad y el *core of the case*: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. 2.1. El dilema waldroniano: a mayor grado de exigencia del *core of the case*, menor alcance del ataque al control de constitucionalidad. 2.2. El sistema democrático colombiano como un *non core case*. 2.2.1. El contexto frente a la importación acrítica de la teoría estándar adversa al control de constitucionalidad. 2.2.2. El sistema político colombiano por fuera de la sociedad ideal waldroniana. 2.3. La acción pública de constitucionalidad a salvo del *core of the case*. 2.3.1. La sobreprotección de los derechos frente a la infraprotección de los derechos. 2.3.2. Limitaciones epistémicas de la democracia: los puntos ciegos y las cargas de inercia del legislador y del Gobierno. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar el argumento de Jeremy Waldron en contra de la revisión judicial de las leyes, su potencial aplicación en Colombia y los argumentos que puede aportar el modelo colombiano de acción pública de constitucionalidad con el fin de contestar a algunas de las tesis centrales de ese argumento. En consecuencia, el propósito del artículo es 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*.

La tesis que orienta este artículo es que la configuración del modelo colombiano de control de constitucionalidad solo es, *ab initio*, objeto del ataque que plantea el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes porque el sistema político de Colombia no satisface los requisitos necesarios para la aplicación de los argumentos waldronianos contra el *judicial review*. Para comprobar esa tesis, 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.

Desde luego, esa tesis no implica que las ideas de Waldron no deban ser tomadas con seriedad o que se pueda prescindir de una voz tan relevante cuando se trata de discusiones sobre democracia, desacuerdos y justicia constitucional. Lo que esa tesis sugiere es que el propio Waldron estaría de acuerdo en revisar (¡reflexionar!) el alcance de su crítica cuando se enfrenta a condiciones sociales, políticas e institucionales como las de la mayor parte de los Estados del Sur Global.

Finalmente, el artículo sugiere que el control de constitucionalidad es un buen mecanismo para que se corrijan algunos errores que ocurren, incluso, en sociedades bien organizadas: los puntos ciegos del sistema político y las cargas de inercia de la administración y del legislador. En esos casos, el control de constitucionalidad puede generar una sobreprotección de los derechos que siempre resulta preferible a la infraprotección de los derechos y a la infraaplicación de las promesas constitucionales.

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

Jeremy Waldron ha formulado uno de los ataques más difundidos contra la revisión judicial de las leyes<sup>2</sup>. La tesis central de Waldron es la siguiente: 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. Ni siquiera las experiencias destacables o los buenos resultados del control de constitucionalidad durante un periodo concreto pueden ocultar que la intervención judicial es democráticamente ilegítima.

2 WALDRON, J. *The core of the case against judicial review*. En *Yale Law Journal*. N.º 115, 2005, 1346-1406.

La mejor manera de explorar todas las aristas de este argumento es dividir su exposición en tres partes. Por tanto, a continuación, en primer lugar, se identifican los modelos de control de constitucionalidad objeto de la crítica. En segundo lugar, se describen las cuatro condiciones que constituyen el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes. Finalmente, se desglosa el contenido concreto de la objeción en contra del *judicial review*.

*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*

El punto de partida de la tesis de Waldron es una advertencia metodológica según la cual su trabajo no tiene como objetivo postular un argumento en contra del *judicial review* con un potencial teórico universal. Esta limitación del ámbito de aplicación de la crítica es un cambio de posición respecto de los trabajos previos del mismo autor. Por ejemplo, en su obra más difundida, Waldron defendió la siguiente tesis central que tiene un objeto de aplicación mucho más amplio que la tesis que mantuvo posteriormente en el *core of the case*:

Sostendré que nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que sabemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean<sup>3</sup>.

Esto significa que, en contra de lo sostenido en *Derecho y desacuerdos*, en el *core of the case* Waldron establece tres límites al ámbito de aplicación de su crítica. Estos giran en torno a: i) el objeto del control judicial que considera ilegítimo, ii) el tipo de control judicial al que se opone y iii) la irrelevancia de los resultados del control de constitucionalidad.

En virtud del primer criterio (objeto del control), 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<sup>4</sup>. En tal sentido, su punto de mira es el pro-

3 WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. J. L. Martí y Á. Quiroga (trads.). Barcelona: Marcial Pons, 2005, 254.

4 A pesar de esta advertencia, Waldron no descarta que algunos de los argumentos en contra del *judicial review* sean aplicables también en contra de la revisión judicial de los actos normativos proferidos por el poder ejecutivo. WALDRON. *The core of the case*, cit., 1354.

cedimiento judicial que tiene por objeto el control de los actos normativos ordinarios del legislador<sup>5</sup>.

De acuerdo con el segundo criterio (tipo de control), el autor establece dos límites. En primer lugar, afirma que sus objeciones recaen solo sobre los modelos fuertes de control de constitucionalidad de las leyes, en tanto excluye de su crítica a los modelos débiles de control de constitucionalidad<sup>6</sup>.

Waldron entiende que un sistema jurídico ostenta un control de constitucionalidad fuerte cuando los jueces tienen, al menos, una de las siguientes tres competencias: dejar de aplicar una ley claramente aplicable a un caso concreto, modificar la interpretación de una ley para hacerla compatible con una determinada interpretación de las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales o expulsar una ley del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. Por el contrario, los modelos débiles son aquellos diseños institucionales en los cuales los jueces no tienen ninguna de las anteriores competencias y sus decisiones sobre la incompatibilidad de una ley con la Constitución –tal como sucede en el Reino Unido o Nueva Zelanda– se limitan a señalar esa contradicción normativa como una opinión no vinculante (declaración de incompatibilidad o mandato interpretativo) que la judicatura ofrece al legislador, al Gobierno y al conjunto de la sociedad<sup>8</sup>.

En segundo lugar, el autor sostiene que sus críticas se dirigen hacia el control posterior de constitucionalidad, por lo que deja a salvo la mayoría de los sistemas de revisión previa de constitucionalidad. Esto es así porque Waldron considera que el control previo constituye una forma de control político que realiza el propio legislador dentro del procedimiento legislativo. El autor también afirma que, cuando el control previo de constitucionalidad es realizado por un juez constitucional, en realidad este no funge como juez, sino que asume el rol funcional de una de las cámaras del órgano legislativo<sup>9</sup>.

Finalmente, el tercero de los criterios mencionados al inicio de esta sección (irrelevancia de los resultados) conduce a Waldron a señalar que sus argumentos pertenecen a una discusión en abstracto sobre la compatibilidad del *judicial review* con la democracia. En ese sentido, son irrelevantes los buenos o malos resultados de una práctica concreta del control de constitucionalidad. En su criterio, el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucio-

5 Ibid., 1353.

6 Ibid., 1354.

7 Mark Tushnet considera, acertadamente, que la definición de modelos fuertes y débiles de control de constitucionalidad hecha por Waldron en el *core of the case* es imprecisa. Véase TUSHNET, M. *How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?* En *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30, n.º 1, 2010, 64.

8 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1355 y 1356. En contra de la mayor parte de la literatura, Waldron considera que el sistema canadiense no es un modelo débil sino un esquema intermedio de control de constitucionalidad. Incluso, anuncia que el sistema canadiense es susceptible de algunas de sus críticas. Ibid., 1356 y 1357.

9 Ibid., 1358 y 1359.

nalidad de las leyes no se basa en los beneficios históricos o actuales de las decisiones judiciales que han protegido los derechos porque este es un aspecto contingente y controvertido que, como tal, dice poco sobre la compatibilidad del *judicial review* con el principio democrático y con la igualdad política<sup>10</sup>.

Sobre este último aspecto, Waldron señala que un sector de la doctrina –sobre todo norteamericana– ha apoyado y apoya la institución del control de constitucionalidad como una forma de respaldar unas decisiones concretas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en materias como el aborto o la segregación racial. Para Waldron, este tipo de defensa de la Corte Suprema es marginal y no se puede considerar seriamente porque está ligada a unos resultados determinados de la práctica judicial. Para el autor, quienes ocultan su apoyo a unas decisiones judiciales concretas detrás de argumentos para fundamentar la existencia y el funcionamiento del *judicial review* serán los primeros en retirarles ese apoyo a los jueces cuando los resultados sean contrarios a sus preferencias. Por esta razón, sostiene, es mejor debatir en abstracto, sin tener en cuenta los afectos o desafectos que puedan generar las decisiones judiciales<sup>11</sup>.

En definitiva, 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. Por el contrario, cuando el proceso legislativo arroja resultados deficientes, al menos los ciudadanos saben que estas decisiones son producto del ejercicio de su derecho de participación, las pueden asumir como errores propios y, sobre todo, saben que fueron producidas sin un coste democrático<sup>12</sup>.

Aun así, no todos los sistemas de control de constitucionalidad son susceptibles a los reproches de Waldron porque el autor también establece cuatro condiciones necesarias que debe satisfacer el sistema político dentro del cual opera el control de constitucionalidad para que sus objeciones puedan ser aplicadas. Estas constituyen el denominado núcleo del argumento (*core of the case*) en contra de la revisión judicial de las leyes.

### *1.2. Las cuatro condiciones de aplicación de la crítica: el core of the case*

Además de las exclusiones descritas en la sección anterior, Waldron también señala que su argumento no tiene un potencial geográfico universal. Esto

10 “[C]ualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad”. WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 292.

11 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1351-1352.

12 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 351.



quiere decir que sus objeciones no son aplicables a todos los sistemas en los que se haya instaurado un modelo fuerte y posterior de control judicial de las leyes. El sistema político en el que operan estos controles también debe cumplir con una serie de condiciones para que sus argumentos puedan ser aplicados. En ese sentido, Waldron sostiene que el núcleo de su argumento (*core of the case*) funciona en una sociedad imaginaria que satisfaga los siguientes cuatro elementos:

(1) instituciones democráticas con un funcionamiento razonablemente correcto, incluyendo un legislativo representativo elegido con base en el sufragio universal de los adultos; (2) un conjunto de instituciones judiciales, de nuevo, con un funcionamiento razonablemente correcto, establecido sobre bases no-representativas para escuchar demandas jurídicas individuales, resolver disputas y mantener el imperio de la ley (*rule of law*); (3) un compromiso por parte de la mayoría de los miembros de la sociedad, y de sus funcionarios, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente, substancial y de buena fe acerca de los derechos (p. ej., acerca del alcance del compromiso con los derechos y de sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad que están comprometidos con la idea de los derechos<sup>13</sup>.

De acuerdo con la explicación del autor, la primera condición implica la existencia de órganos legislativos de representación que funcionan como escenarios de deliberación. Adicionalmente, los representantes deben ser elegidos mediante el sufragio universal en elecciones regulares y transparentes. Estos representantes tienen la función de decidir sobre las políticas públicas mediante votaciones abiertas que se producen después de varios debates. El procedimiento legislativo debe ser previamente establecido y, dentro del mismo, se debe escuchar a la sociedad civil. Además, los representantes deben pertenecer a partidos políticos y defender los intereses de quienes les han votado o de la sociedad en general<sup>14</sup>. Finalmente, esta primera condición exige que las instituciones democráticas realicen una deliberación de calidad, hagan un buen trabajo y privilegien el principio de igualdad política<sup>15</sup>.

La segunda condición se refiere a la existencia de un poder judicial fuerte, independiente, organizado, jerarquizado, no representativo y no controlable electoralmente. Las funciones de este poder judicial son: la resolución de las disputas entre los ciudadanos, o entre estos y la administración; controlar la constitucionalidad de la acción de la administración, y, excepcionalmente, revisar judicialmente la constitucionalidad de la ley, pero sin que su decisión,

13 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1360.

14 *Ibid.*, 1361.

15 De acuerdo con Waldron, esto no quiere decir que las leyes que aprueben las instituciones democráticas sean justas o injustas. Su argumento sobre el buen trabajo de las instituciones se concentra en los procedimientos y no en los resultados. Véase *ibid.*, 1362.

en estos casos, adquiera un carácter final o definitivo. Los integrantes del poder judicial deben 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<sup>16</sup>.

El tercer requisito es el compromiso serio de cada miembro de la sociedad con los derechos y libertades, en especial, con los derechos de las minorías. Los ciudadanos de esta sociedad imaginaria tienen claro que deben perseguir el bien general, pero sin que este sea un argumento conclusivo para negar o vulnerar los derechos individuales. Waldron utiliza la fórmula popularizada por Dworkin y afirma que piensa en una sociedad que se toma los *derechos en serio*, esto es, que los ha incluido en una declaración y enfrenta con responsabilidad los debates que estos generan sin limitarse a repetir, como un dogma, la fórmula vacía de las *cartas de triunfo*<sup>17</sup>. En relación con las minorías es especialmente enfático en señalar que “el respeto general por los derechos de los individuos y las minorías es una parte importante de un amplio consenso en la sociedad, una parte del órgano más prevalente de opinión política y, ciertamente, una parte de la ideología oficial”<sup>18</sup>.

Finalmente, Waldron retoma sus tesis sobre los desacuerdos dentro de la sociedad<sup>19</sup>. La cuarta condición que hace parte del núcleo de su argumento es que el consenso sobre la importancia de los derechos en la sociedad no excluye la existencia de fuertes desacuerdos sobre varios aspectos: el concepto de derechos, el catálogo de derechos, el contenido de los derechos y la forma de protegerlos<sup>20</sup>. Waldron es enfático en sostener que el desacuerdo también está presente en las deliberaciones judiciales porque “los jueces discrepan entre sí tanto como los demás, y lo hacen razonablemente y de buena fe, respecto de la naturaleza de su administración constitucional y los compromisos sobre principios que se supone que dicha administración incorpora”<sup>21</sup>. El carácter fuerte de tal disenso deriva del hecho de que 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<sup>22</sup>.

Estas cuatro condiciones se suman a las limitaciones descritas en la sección anterior. Unas y otras enmarcan el debate en el que operan las objeciones que Waldron formula en contra del control de constitucionalidad. Según se

16 Ibid., 1363 y 1364.

17 “No es suficiente simplemente con *repetir* ‘derechos como triunfos’, como si se tratara de un *mantra*”. WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 289.

18 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1365.

19 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 177-247.

20 Ibid., 18-25.

21 Ibid., 334.

22 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1366-1369.

dirá más adelante, Waldron utiliza las cuatro condiciones para concretar su ataque y, al mismo tiempo, también las instrumentaliza para eludir algunos poderosos argumentos en su contra<sup>23</sup>.

### *1.3. El argumento en contra de la revisión judicial de las leyes: Waldron a favor del legislador*

Como se anunció previamente, la tesis central de Waldron afirma que, en las sociedades que hacen parte del *core of the case* —es decir, aquellas en las cuales se cumplen las cuatro condiciones señaladas en la sección anterior—, los ciudadanos deben resolver sus desacuerdos sobre sus derechos mediante las instituciones legislativas y no en los foros judiciales<sup>24</sup>.

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<sup>25</sup>. En una sociedad como esta, el control de constitucionalidad puede ser contrario a la idea misma de derechos y, en concreto, al derecho de participación política en condiciones de igualdad que, en la visión de Waldron, es el derecho de los derechos<sup>26</sup>.

Para respaldar su crítica, Waldron utiliza dos ejes. Por una parte, se basa en la distinción entre razones o argumentos de procedimiento y razones o argumentos de resultado con el fin de demostrar que, tanto unas como otras, juegan a favor del órgano legislativo como escenario para la resolución de los desacuerdos que surgen dentro de la sociedad. Por otra parte, enfrenta directamente cinco argumentos que son frecuentemente empleados como una defensa del control de constitucionalidad. A continuación se expondrán estos dos elementos de su objeción al *judicial review*.

#### *1.3.1. Argumentos basados en los procedimientos*

Como ya se enunció, según Waldron, la única forma de resolver los desacuerdos dentro de la sociedad es mediante procedimientos que satisfagan unos

23 Véase *ibíd.*, 1377.

24 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 23.

25 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1360.

26 “Los teóricos constitucionales como Ronald Dworkin, por lo tanto, tienen razón cuando afirman que no podemos apelar a ninguna oposición fundamental entre la idea de democracia y la idea de derechos individuales como base para criticar la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes como la de los Estados Unidos. No existe tal oposición fundamental. Si hay una objeción democrática al control de constitucionalidad, debe estar también basada en derechos”. WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 338.

criterios mínimos de legitimidad. 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 y razones basadas en los resultados.

De acuerdo con el primer tipo de razones (basadas en los procedimientos), el procedimiento legislativo no es un caso de justicia procesal pura o perfecta. Sin embargo, este es el único método que garantiza los principios de autodeterminación y de igualdad política porque asegura que la opinión de cada persona será tomada en cuenta y valorada con el mismo valor que la opinión de los demás miembros de la sociedad<sup>27</sup>.

Por ese motivo, incluso una persona disconforme con el resultado del procedimiento legislativo se sentirá tranquila al acatarla porque comprenderá que esta ha sido el producto de un proceso imparcial, en el que la decisión la han tomado personas que fueron elegidas mediante mecanismos en los cuales la disidente pudo participar o abstenerse de hacerlo en condiciones de libertad e igualdad. La conclusión de Waldron sobre este aspecto es que el procedimiento legislativo es el único que garantiza resultados satisfactorios para todos los involucrados en el desacuerdo<sup>28</sup>.

Según esta misma idea, en comparación con el procedimiento legislativo, el *judicial review* carece de las credenciales democráticas suficientes para ser considerado como una práctica legítima. Para reforzar su tesis, el autor destaca los bajos niveles de control político, ciudadano y electoral a los que se encuentran sometidos los jueces constitucionales, y los contrasta con el alto nivel de escrutinio al que son sometidos periódicamente los legisladores mediante las elecciones<sup>29</sup>.

Del mismo modo, Waldron aduce que los tribunales constitucionales aplican la misma regla de decisión mayoritaria que los órganos legislativos y no se explica cómo eso puede ser censurable cuando lo hace el Congreso, pero defendible cuando lo hacen los tribunales para resolver una misma clase de desacuerdos<sup>30</sup>.

### 1.3.2. Argumentos basados en los resultados

De acuerdo con el segundo tipo de razones (basadas en los resultados), Waldron afirma que tanto el procedimiento judicial como el procedimiento legislativo pueden resultar idóneos o tener muchas deficiencias como métodos para resolver los desacuerdos dentro de la sociedad. Como se enunció previamente, el aspecto que marca la diferencia entre uno y otro es el coste

27 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1373.

28 *Ibíd.*, 1387.

29 *Ibíd.*, 1391.

30 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 365.

democrático que tiene el *judicial review* frente al beneficio democrático del procedimiento legislativo.

Para respaldar esta idea, Waldron afirma que los defensores del *judicial review* se equivocan al destacar tres aparentes ventajas del proceso judicial frente al proceso legislativo: i) los jueces resuelven desacuerdos en el contexto de un caso concreto, ii) con base en la declaración de derechos y iii) mediante procesos deliberativos y argumentativos. Para el autor, estas diferencias son menos favorables al *judicial review* de lo que parece y de lo que quieren hacer que parezca quienes apoyan el control de constitucionalidad.

En relación con la primera ventaja, Waldron sostiene que la tesis de Richard Fallon, según la cual los jueces están más habituados que los legisladores a decidir sobre aspectos morales o sobre la colisión de derechos en casos concretos, es simplemente un mito ampliamente difundido<sup>31</sup>. Por el contrario, el autor señala que la práctica concreta demuestra que cuanto más alto llega un caso dentro de la jerarquía judicial, más abstractos son los razonamientos del tribunal que lo decide.

En cambio, esta ventaja también jugaría a favor del proceso legislativo porque, a diferencia de la jurisprudencia, la legislación se basa en los problemas concretos de los ciudadanos y la deliberación parlamentaria recoge las preocupaciones ciudadanas particulares a través de los grupos de presión, las audiencias públicas y el debate abierto<sup>32</sup>.

En relación con la segunda ventaja, Waldron afirma que la sujeción de los jueces a un catálogo de derechos es más bien un problema del *judicial review* porque conduce a uno de dos extremos. Esta puede llevar a un textualismo rígido o a que los jueces se separen de la declaración de derechos, de manera que “las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un eslogan obsesivo que sirve para expresar todo aquello que se quiere decir sobre el derecho en cuestión”<sup>33</sup>.

Esto significa que, para Waldron, no hay un valor agregado en el hecho de que los jueces deban decidir los casos con base en una declaración de derechos escrita. Por el contrario, el autor encuentra que esto causa más problemas porque conduce a que los jueces sometan su decisión a parámetros textuales que poco tienen que ver con el contenido axiológico y trascendente del desacuerdo al que los enfrentan los casos sobre vulneraciones a los derechos contenidos en esas declaraciones. Cuando no sucede lo anterior, según Waldron, los jueces hacen todo lo contrario, es decir, toman la decisión

31 La tesis de Fallon para defender el *judicial review* puede verse en FALLON, R. *The core of an uneasy case for judicial review*. En *Harvard Law Review*. Vol. 121, n.º 7, 2008, 1710.

32 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1379 y 1380.

33 *Ibíd.*, 1381. Exactamente la misma cita aparece en WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 262.

que discrecionalmente consideran adecuada y la justifican mediante interpretaciones poco razonables del texto que supuestamente les habría debido proporcionar la respuesta correcta para cada caso.

Sobre la tercera ventaja, Waldron mantiene que, en relación con la deliberación, tanto los legisladores como los jueces utilizan procedimientos deliberativos y argumentativos para cumplir con su deber de justificar las decisiones. También reconoce que hay una diferencia entre la estructura argumentativa de los jueces y la del legislador, pero afirma que esta, en lugar de beneficiar a los jueces, les perjudica porque los lleva a concentrarse en aspectos secundarios a los debates que plantea el desacuerdo concreto sobre un derecho. Según Waldron, los jueces se desvían del debate preciso que implica el desacuerdo y se enfocan en aspectos técnicos como la aplicación de un precedente o el derecho comparado. Por el contrario, cuando el legislador asume directamente un problema se centra siempre en los debates morales que incorpora el desacuerdo<sup>34</sup>.

En efecto, Waldron sostiene que solo una mínima parte de las sentencias que resuelven profundos desacuerdos dentro de la sociedad aplican argumentos que enfrentan directamente los problemas morales que estos desacuerdos implican. Como se dijo previamente, Waldron asevera que los jueces se dedican especialmente a aspectos técnicos, como el precedente, las reglas de competencia y el derecho comparado. Por el contrario, el autor destaca la existencia de debates legislativos morales de alta calidad. Utiliza como ejemplo las deliberaciones parlamentarias ocurridas en el Reino Unido en torno a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

En este punto, en lugar de construir un argumento por contraste, Waldron incurre en la falacia de asimetría porque contrapone la peor cara del trabajo judicial a la mejor cara del Parlamento. También lo hace cuando afirma que los jueces usan excesivamente el derecho comparado mientras que el legislador va directo al punto central del problema con el fin de encontrar una respuesta en clave local.

Esos argumentos a favor del legislador son débiles por dos razones. Por una parte, el legislador también evalúa las decisiones de otros parlamentos antes de elaborar una política local. Esta no es una práctica reprochable sino, por el contrario, una aspiración lógica en un mundo en el que tanto los jueces como los legisladores deben afrontar problemas comunes de orden global. Por otra parte, tampoco es cierto que los debates legislativos sean un ejemplo destacable de brevedad y concreción. En circunstancias normales, cuando un debate parlamentario es excesivamente breve son más las sospechas que los aspectos destacables que se deben generar de esa práctica.

34 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1382-1386.

Con base en esa falacia de asimetría, Waldron señala que la única conclusión posible que se deriva tanto de las razones de procedimiento como de las razones de resultado es que unas y otras juegan a favor del legislador y en contra del *judicial review*. A pesar de que ninguno de los dos sistemas para resolver desacuerdos dentro de la sociedad es perfecto, para Waldron el procedimiento parlamentario tiene mayores credenciales democráticas y representa mayores ventajas comparativas con un menor o nulo coste democrático<sup>35</sup>.

Con el fin de aumentar la potencia de su crítica, además de construir este argumento a favor del legislador sobre la base de las razones de procedimiento y las razones de resultado, Waldron también argumenta en contra de cinco tesis que se suelen postular en defensa del control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera, el autor pretende blindar todo su ataque contra la revisión judicial de las leyes.

#### *1.4. Waldron en contra de los jueces: los errores de cinco argumentos favorables al control de constitucionalidad*

Jeremy Waldron afirma que los defensores del *judicial review* saben muy bien que los argumentos basados en los procedimientos y los argumentos basados en los resultados no les son favorables, y que por tal razón han intentado otras vías para fundamentar la compatibilidad del control judicial de las leyes con el principio democrático.

En concreto, el autor sostiene que los defensores del control de constitucionalidad se basan en cinco tesis sobre: i) la mayor legitimidad democrática del texto constitucional sobre las leyes ordinarias, ii) los valores públicos de la Constitución como un precompromiso que vincula a las generaciones presentes con las decisiones que fueron adoptadas por las generaciones del pasado en un escenario con una supuesta calidad deliberativa superior, iii) la posibilidad de responder a las decisiones judiciales que inaplican o invalidan una ley con una reforma constitucional que modifique el parámetro de constitucionalidad, iv) la legitimidad de origen de los jueces constitucionales y v) el contenido participativo del proceso de control de constitucionalidad.

El propósito de Waldron es atacar cada uno de esos cinco argumentos. A continuación se resume la comprensión y el alcance que el autor confiere a cada una de esas tesis que defiende el control de constitucionalidad y los argumentos que plantea en su contra. Como se podrá colegir al final de esta sección, el autor reduce cada una de estas defensas, las simplifica y omite elementos esenciales de las mismas con el fin de refutarlas fácilmente.

35 Ibid., 1382-1391.



#### 1.4.1. La mayor legitimidad democrática del texto constitucional en relación con las leyes ordinarias

La primera defensa del control de constitucionalidad contra la que se dirige Waldron es aquella que afirma que los jueces pueden 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. Los jueces pueden hacer tal cosa en virtud de que la Constitución es una norma aprobada por un órgano con el máximo grado de legitimidad democrática (constituyente primario), cuyas decisiones deben prevalecer y limitar el ámbito de acción del legislador<sup>36</sup>.

La respuesta de Waldron a este argumento es que la existencia de un texto constitucional que incorpora un catálogo de derechos no elimina los desacuerdos dentro de la sociedad<sup>37</sup>. Por el contrario, la estructura normativa ambigua e indeterminada de las disposiciones sobre derechos constitucionales es a su vez una fuente de desacuerdos. Lo que enfrenta a Waldron con los defensores del *judicial review* es, precisamente, la cuestión de saber a qué órgano o institución y con base en qué parámetros corresponde decidir sobre esos desacuerdos.

Para Waldron, incluso si se acredita plenamente que un proceso constituyente concreto fue altamente democrático, tal hecho no impide la subsistencia del desacuerdo cuando los jueces aplican las disposiciones constitucionales. Se trata del denominado *problema de la discrecionalidad* al que han hecho referencia otros autores y que impide trasladar la legitimidad democrática del texto constitucional a las autoridades judiciales encargadas de interpretarlo<sup>38</sup>.

De acuerdo con el *problema de la discrecionalidad*, las mayores credenciales democráticas del proceso constituyente podrían respaldar la fundamentación democrática de control de constitucionalidad si el texto constitucional fuera claro y unívoco. Sin embargo, en ausencia de esas condiciones es difícil sostener que los jueces siempre garantizan la plena vigencia de una norma con mayores calidades democráticas cuando el contenido de esa norma es altamente discutido<sup>39</sup>.

36 Esa defensa del control de constitucionalidad se ha planteado de diferentes maneras, entre otras en: HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J. *The Federalist Papers* (n.º 78). Nueva York: Dover Publications, 2014, 381; ACKERMAN, B. *We The People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, 262; STONE SWEET, A. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 50 y *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 176 (1803).

37 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1393.

38 FERRERES COMELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las xvi Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 18.

39 BAYÓN, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucio-*



Con base en la subsistencia del desacuerdo y en el *problema de la discrecionalidad*, Waldron no encuentra ninguna ventaja a favor de los jueces en el hecho de que estos apliquen el controvertido texto constitucional y su carta de derechos, por más antiguo que este sea o por más calidades deliberativas que hayan ostentado quienes lo redactaron<sup>40</sup>.

#### 1.4.2. La Constitución como un precompromiso

La segunda forma de respaldar el control de constitucionalidad que Waldron rechaza es aquella que afirma que los jueces son los garantes de un precompromiso que vincula a toda la sociedad con los valores públicos establecidos en el texto constitucional. Las teorías del precompromiso se basan en las ideas de Jon Elster sobre la elección racional y han sido ampliamente difundidas bajo diferentes analogías con el proceso de decisión colectiva<sup>41</sup>.

Según la teoría del precompromiso, la decisión colectiva tiene puntos de conexión con las acciones individuales. En efecto, la sociedad tiene momentos sosegados, deliberativamente cualificados y reflexivamente profundos en los que establece una serie de compromisos que tienen una vocación de permanencia que se extiende hacia el futuro y, muy especialmente, limitan lo que esa misma sociedad puede decidir posteriormente en tiempos de turbulencia.

En materia constitucional, la analogía sugiere que en el momento  $m_1$  o momento constituyente la sociedad decide un conjunto de disposiciones constitucionales con el fin de evitar que en un momento  $m_2$  la sociedad se desprenda de esos vínculos o ataduras mediante decisiones elaboradas en procedimientos de política ordinaria, bajo la influencia de presiones y pasiones o con el ánimo de atender una situación de emergencia desplazando los valores esenciales de la comunidad<sup>42</sup>.

La idea central de la teoría del precompromiso es que existen fuertes razones para sostener que deben prevalecer los valores o las decisiones del momento  $m_1$  sobre las razones de cambio del momento  $m_2$ ; por ejemplo, la mayor deliberación, las mayores credenciales democráticas del constituyente respecto del legislador, la existencia de menores presiones (y pasiones) en el momento constituyente, favorecer el consenso que respalda el pacto constitucional, la estabilidad del ordenamiento jurídico, evitar discusiones que polarizan en extremo a la sociedad, entre otras<sup>43</sup>. El rol de garantes de

nalismo. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 289.

40 La versión resumida del argumento puede verse en WALDRON, J. *The core of the case*, cit., 1393; la versión extensa del argumento, en WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 251-275.

41 ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, 36-110.

42 BAYÓN. *Democracia y derechos*, cit., 337.

43 ELSTER. *Ulysses and the Sirens*, cit., 36-110.

ese precompromiso es asumido dentro de la sociedad por los tribunales constitucionales al evitar que las leyes ordinarias se aparten de los valores públicos incorporados en la Constitución.

El ataque concreto de Waldron en contra de esta defensa del control de constitucionalidad es que el contenido propio del precompromiso es objeto de múltiples desacuerdos, de manera que, ante un cambio de opinión de la sociedad, resulta adecuado que sean los órganos deliberativos los que determinen si cambia o se actualiza el precompromiso. Para Waldron, 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<sup>44</sup>.

Una vez más, dirá Waldron, los defensores del control de constitucionalidad han fracasado al postular que el *judicial review* es una vía idónea para garantizar un precompromiso, como si este no fuera lo suficientemente indeterminado e impreciso para confiar en que los jueces podrán interpretar lo que los redactores del texto constitucional habrían dicho frente a los desacuerdos entre los integrantes de la sociedad algunos o muchos años después de la elaboración de la Constitución.

#### 1.4.2. La reforma constitucional como respuesta al control de constitucionalidad de las leyes

La tercera opción para defender el control de constitucionalidad que Waldron refuta es aquella que se basa en la posibilidad de reformar la Constitución ante la invalidación de una ley que fue considerada contraria a los valores públicos de la Constitución. El eje central del argumento es que el legislador puede reaccionar a las decisiones de los jueces con las que discrepa mediante la modificación del parámetro de control de constitucionalidad<sup>45</sup>.

Es decir, si los jueces garantizan el cumplimiento de la Constitución y el legislador quiere aprobar una política contraria a los valores públicos actuales de la Constitución, este tiene la posibilidad de modificar esos valores para que se ajusten a sus nuevas intenciones. De esa manera, el Parlamento no solo hará prevalecer su decisión, sino que, en adelante, los jueces serán los primeros garantes de la nueva política legislativa que fue constitucionalizada.

Adicionalmente, esta tesis afirma que el cambio constitucional –que ocurre como reacción a las decisiones del tribunal constitucional– tiene un efecto positivo porque, cuando el legislador traslada el contenido de la nueva política

44 La versión resumida del argumento puede verse en WALDRON. *The core of the case*, cit., 1394; la versión extensa del argumento, en WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 305-335.

45 FERRERES COMELLA, V. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 23, 2000, 29-47 y TUSHNET, M. *Revisión judicial dialógica*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, 2013, 1-10.

al ámbito de la Constitución, se genera un proceso de mayor deliberación para determinar si el contenido de esta amerita su inclusión dentro del texto constitucional<sup>46</sup>. En ese sentido, la reacción legislativa a las decisiones judiciales no es solo una reacción del Parlamento sino de toda la sociedad frente a la interpretación de la Constitución realizada por los tribunales.

Desde luego, la enmienda constitucional no es la única forma como el legislador puede reaccionar frente a una sentencia que ha declarado inconstitucional una ley. Incluso, se discute si la enmienda constitucional es una forma de diálogo entre el legislador y los tribunales, porque se considera que el constitucionalismo dialógico se desarrolla sobre el texto de la Constitución existente, lo cual quiere decir que no hay diálogo cuando el legislador cambia el texto sobre el cual debía dialogar con el Parlamento. Sin embargo, esta es la única forma de reacción legislativa a la que Waldron dirige su atención.

Su principal objeción frente a este argumento es que no se trata de una defensa del control de constitucionalidad sino de una costosa salida frente a la existencia del *judicial review*. Esta salida es 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 modificar la Constitución cada vez que una decisión judicial se opone a una política legislativa<sup>47</sup>.

En su visión, no deben ser los jueces quienes fuercen a la sociedad a un momento constitucional –en términos de Ackerman– cada vez que deciden que una ley no se ajusta al contenido del controvertido texto constitucional. Según Waldron, con esta estrategia los defensores del control de constitucionalidad reconocen que esta es una institución antidemocrática y cuyos resultados pueden obstaculizar las pretensiones de cambio de la sociedad. Por esa razón, crean una válvula de escape que es muy costosa en términos democráticos y que no sería necesaria si se prestara mayor atención a la actividad del Parlamento que a la del tribunal constitucional.

#### 1.4.4. El proceso de elección de los jueces del tribunal constitucional

La cuarta vía para defender la legitimidad de los tribunales constitucionales que Waldron rechaza es aquella que se enfoca en el proceso de elección de los miembros del tribunal supremo o constitucional. De acuerdo con esta defensa, en la mayoría de los sistemas constitucionales los jueces no tienen legitimidad de origen porque no son elegidos directamente por el pueblo. Existen excepciones, como en Bolivia o en Japón, porque allí hay una mayor participación popular en la nominación y designación de los jueces

46 NIEMBRO ORTEGA, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95, 2012, 144.

47 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1394.

constitucionales, pero estas son, ciertamente, experiencias marginales y muy cuestionables.

Sin embargo, del hecho de que los jueces no sean elegidos por el pueblo y no tengan legitimidad de origen no se infiere que estos también carezcan de legitimidad derivada. Esta última deviene del hecho de que los jueces son elegidos mediante procedimientos en los que intervienen, de diferentes maneras y en distintos grados, los legisladores y el ejecutivo.

La idea de la legitimidad derivada señala que la designación de los miembros del tribunal, por parte de funcionarios elegidos democráticamente, les transmite a los jueces una porción de la legitimidad democrática que el presidente o los legisladores recibieron mediante la elección popular. Adicionalmente, esta defensa señala que el proceso de elección de los jueces constitucionales suele estar rodeado de fuertes debates y de atención pública sobre cada uno de los candidatos, con lo cual aumenta la legitimidad de su elección en términos deliberativos<sup>48</sup>.

Sobre esta defensa del control de constitucionalidad Waldron ha tenido dos posiciones diferentes. En primer lugar, en *Law and disagreement*, se manifestó a favor de la idea central de Dworkin, quien señalaba que la cuestión de la elección de los jueces y su potencial legitimidad derivada tenía un peso menor o irrelevante para fundamentar la legitimidad democrática del *judicial review*<sup>49</sup>. Adicionalmente, en esta primera posición, Waldron sigue plenamente a Dworkin, quien era enfático en sostener que no se ganaba nada al tratar de demostrar que los jueces eran parecidos a los legisladores. Dworkin creía que el éxito de esta forma de defender el *judicial review* era una especie de victoria pírrica que subvertía la esencia y las ventajas contramayoritarias de los derechos como cartas de triunfo sobre las mayorías y del control de constitucionalidad como su mecanismo de garantía<sup>50</sup>.

En segundo lugar, en el *core of the case*, Waldron deja de lado la tesis sobre la irrelevancia de la legitimidad de origen y derivada de los miembros del tribunal supremo o constitucional. En este segundo trabajo, el autor afirma que muchas de las razones a favor del control de constitucionalidad se basan en demostrar las diferencias y las ventajas de un proceso judicial de revisión de las leyes en relación con el propio procedimiento legislativo. En consecuencia, mantiene que no es una buena idea que los defensores del *judicial review* comparen las credenciales democráticas de los legisladores con las de los jueces porque, de cualquier manera, siempre serán mejores las credenciales de los miembros del Congreso que las de los jueces de la Corte<sup>51</sup>.

48 Ibid., 1394.

49 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 349.

50 DWORKIN, R. *Igualdad, democracia y Constitución. Nosotros, el Pueblo, en los tribunales*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*, cit., 117-149.

51 WALDRON. *The core of the case*, cit., 1394.

En síntesis, en el segundo trabajo, Waldron se aparta de Dworkin con el fin de resaltar el valor democrático derivado de los procesos de elección y designación de los legisladores y de los jueces. Sin embargo, aconseja a los defensores del control de constitucionalidad que no piensen en la tesis de la legitimidad derivada de los miembros del tribunal constitucional porque esa estrategia no resistirá una comparación entre las credenciales democráticas de los jueces y las de los legisladores. De esa manera, tal y como sucedía con las razones de procedimiento y las razones de resultado, los argumentos que parecían apoyar una defensa sólida del *judicial review* terminan favoreciendo mucho más a los legisladores que a los jueces.

#### 1.4.5. Los elementos participativos del proceso de control de constitucionalidad

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<sup>52</sup>.

Esta tesis también afirma que los ciudadanos pueden elegir diferentes opciones acumulativas para intervenir en los debates públicos: votar, ser candidatos a un cargo público, participar en las audiencias ante el órgano legislativo, manifestarse públicamente, interponer una acción pública de constitucionalidad o participar en las audiencias públicas ante la Corte Constitucional.

La respuesta de Waldron a esta defensa del control de constitucionalidad no es muy prolija. Sin embargo, 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. No es lo mismo votar o ser miembro del Parlamento que interponer una demanda o recurrir a los instrumentos judiciales porque, en estos últimos, la participación de los ciudadanos no respeta el principio de igualdad política.

Para Waldron resulta descabellado pensar que la idea de participación pública en la resolución de los desacuerdos radique en acudir a un tribunal para que un grupo de jueces defina esa controversia con base en su propia interpretación de un viejo y controvertido texto constitucional. Como el propio autor señala: “podemos esperar que el ejercicio del poder por parte de unas pocas celebridades vestidas de negro ciertamente *fascine* a una población más o menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa”<sup>53</sup>.

52 Ibid., 1395.

53 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 348.

Al rechazar estos cinco argumentos a favor del control de constitucionalidad, Waldron considera que blinda todo su argumento en contra de la revisión judicial de las leyes. Su conclusión es que, siempre que se tomen en serio los derechos y se cumplan las condiciones del *core of the case*, las razones basadas en los procedimientos, las razones basadas en los resultados y la debilidad de la defensa del control de constitucionalidad aconsejan que sea el órgano legislativo el escenario en el que se diriman los desacuerdos que los mismos derechos generan.

Frente al anterior conjunto de premisas de Waldron para rechazar el control de constitucionalidad, en lo que sigue del artículo se demuestra, en primer lugar, que el sistema colombiano no cumple con las condiciones del *core of the case*. De manera que un análisis contextual lleva a la conclusión de que el modelo colombiano queda por fuera del ataque de Waldron. En segundo lugar, se mantiene que, en el remoto caso de que el sistema colombiano satisfaga las condiciones de la sociedad imaginaria de Waldron, el mecanismo de la acción pública de constitucionalidad constituye un buen modelo de control de constitucionalidad aceptable democráticamente.

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

Jeremy Waldron estuvo en Bogotá durante los días 4 y 5 de agosto de 2017. En esa oportunidad dictó una conferencia en la sede de la Corte Constitucional de Colombia. En esa conferencia, titulada “Judicial Review and Political Legitimacy”, Waldron insistió en todas sus críticas al control de constitucionalidad expuestas en *Derecho y desacuerdos* y en *Core of the case*<sup>54</sup>.

En su conferencia, Waldron criticó expresamente el carácter representativo de los tribunales constitucionales, excepto en aquellos casos en los cuales estos actúan a petición de los ciudadanos. También insistió en el carácter contextual del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional e invitó a que se tomara en serio ese problema en Colombia. Waldron formuló dos propuestas: i) repensar las mayorías con las cuales se decide sobre la constitucionalidad de la ley para establecer una mayoría más exigente que la mayoría simple a fin de que un tribunal pueda invalidar una ley 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 duda, el Waldron de Bogotá fue mucho más moderado que el Waldron que escribió los textos más difundidos en contra del *judicial review*. Como el mismo autor señaló al final de su conferencia: “Si me hubiesen invitado

54 WALDRON, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. En *Dikaion*. Vol. 27, n.º 1, 2018, 7-28.

hace veinte años, yo habría hecho una presentación mucho más categórica y les habría dicho: el control de constitucionalidad fuerte está mal, mal, mal; pero me han invitado en un momento de reflexión y de duda”<sup>55</sup>.

Ahora bien, el alto nivel de difusión y solidez de los argumentos formulados por Waldron no implica que estos sean inmunes a respuestas de distintos tipos. En efecto, existen –por lo menos– cuatro vías para refutar las tesis de Waldron.

Una primera respuesta a los argumentos de Waldron es una especie de *fast track* para descartar la aplicación de sus objeciones al modelo colombiano de control de constitucionalidad. En concreto, el núcleo de esta respuesta es que las cuatro condiciones para la aplicación de la crítica de Waldron a la revisión judicial de las leyes no se cumplen, o solo se cumplen de una manera parcial y deficiente, en el sistema político colombiano. 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.

Una segunda forma de enfrentar las tesis de Waldron es demostrar que, incluso en presencia de las condiciones que establece el *core of the case*, sus críticas no son correctas, resultan injustificadas, y que el control de constitucionalidad tiene unas ventajas institucionales que lo hacen valioso para el sistema democrático. Antes de Waldron ya se habían construido argumentos en ese sentido que son aplicables bajo las condiciones de este autor, y después de Waldron se han elaborado respuestas específicamente pensadas en esa dirección<sup>56</sup>.

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. De manera que los resultados del sistema resultan relevantes en la medida en que no son, como cree Waldron, una circunstancia meramente contingente relacionada con variables como la integración del tribunal. Por ejemplo, es plausible demostrar que la apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía es un elemento determinante de los resultados del proceso de control de constitucionalidad<sup>57</sup>.

55 WALDRON. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. Conferencia, cit. La frase exacta se puede escuchar en: [https://youtu.be/81\\_WGqY3qMA](https://youtu.be/81_WGqY3qMA) (1:03:20).

56 Algunos de los trabajos más destacados que critican las tesis expuestas por Waldron sobre el control de constitucionalidad son FALLON. *The core of an uneasy case*, cit., 1693-1736, y CHRISTIANO, T. *Waldron on Law and Disagreement*. En *Law and Philosophy*. Vol. 19, n.º 4, 513-543.

57 ROA ROA, J. E. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, 37-103.



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. Por el contrario, se trata de una división gradual dentro de la cual la identificación de un modelo como débil o fuerte depende de diversos factores no conclusivos. En especial, es factible que un sistema incorpore elementos de ambos modelos, de manera que su clasificación sea un proceso difícil y controvertido, a tal punto que no puedan aplicarse o descartarse automáticamente las críticas de Waldron<sup>58</sup>.

En este artículo se mantiene la primera forma de contestar al ataque de Waldron contra la revisión judicial de las leyes, es decir, se argumenta a favor de dejar fuera del *core of the case* al sistema colombiano de control de constitucionalidad

### *2.1. El dilema waldroniano: a mayor grado de exigencia del core of the case, menor alcance del ataque al control de constitucionalidad*

Como se describió previamente, Jeremy Waldron estableció cuatro criterios para delimitar el núcleo de su argumento teórico en contra de la revisión judicial de las leyes. Como también se enunció, el incumplimiento de uno o varios de esos presupuestos dentro de una sociedad determinada conduce a que sus críticas no sean aplicables a ese contexto. El propio autor reconoce que, fuera del *core of the case*, el control de constitucionalidad puede estar justificado. Sin embargo, aclara rápidamente, en estos últimos casos no se acepta el *judicial review* por su valor intrínseco, sino como una respuesta errada para resolver los fallos estructurales del sistema democrático.

Se trata de una estrategia que demuestra la habilidad del autor porque, al limitar el objeto de aplicación de sus críticas a una sociedad políticamente atractiva, conduce a pensar que es verdad que en esa sociedad imaginaria el control de constitucionalidad resultaría innecesario. Incluso, el autor afirma que, ante el fracaso en la construcción de la sociedad del *core of the case*, se ha optado por un mal remedio al establecer el control de constitucionalidad. En cualquiera de los dos casos, el control de constitucionalidad resulta perjudicado porque se califica como innecesario o se reduce a la condición de un mal complemento de un sistema democrático altamente patológico.

Sin embargo, algunos autores han rechazado la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes solo está justificado y únicamente apareja beneficios democráticos para las sociedades con algún tipo de patología en el funcionamiento del sistema político. Por ejemplo, Richard Fallon ha de-

58 ROA ROA, J. E. *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*. En CORREA HENAO, M. y ROBLEDO SILVA, P. *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 113-136.



mostrado que el control de constitucionalidad puede contribuir a aumentar el grado de legitimidad política de un sistema que funcione dentro de los términos del *core of the case*<sup>59</sup>.

Además, el propio Waldron se encuentra en un dilema. En efecto, Waldron piensa en una sociedad imaginaria cuando formula los cuatro elementos del *core of the case* y reconoce el carácter ideal de esa comunidad política perfecta. Sin embargo, el autor también mantiene que estos requisitos no son un baremo extremadamente alejado de la realidad de algunas sociedades concretas<sup>60</sup>. Con base en ese segundo postulado, Waldron defiende que el *core of the case* contiene unos mínimos necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático o, lo que es igual, que las cuatro condiciones que forman parte del núcleo del argumento no son un objetivo ideal, sino el piso mínimo que debe satisfacer cualquier sociedad bien constituida.

El dilema de Waldron se encuentra precisamente en este último punto, esto es, entre la sociedad imaginaria y la sociedad de mínimos, o entre el nivel de exigencia necesario para considerar que una sociedad determinada hace parte del *core of the case* y la pretensión de presentar al conjunto de condiciones como una meta realizable y no extremadamente alta o utópica. El dilema concreto surge porque la descripción de cada uno de los elementos del núcleo del argumento tiende hacia un nivel alto de exigencia, es decir, hacia la sociedad imaginaria o ideal; pero, cuanto más se eleva el baremo, menor es el grado de aplicabilidad de los argumentos de Waldron en contra del *judicial review*.

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.

Se trata de un verdadero dilema, porque la pretensión del autor es ser lo más exigente posible en relación con los cuatro elementos de una sociedad bien constituida y, al mismo tiempo, mostrarlos como pilares básicos del sistema democrático. La primera opción del dilema opta por una sociedad altamente organizada, pero restringe el campo de aplicación de las críticas en contra del *judicial review*. La segunda opción del dilema es más abierta a aceptar algunos fallos del sistema político y extender el ámbito de aplicación de las críticas. Sin embargo, esta última incluye el riesgo de que las objeciones pierdan validez debido a que el *judicial review* constituya una

59 FALLON. *The core of an uneasy case*, cit., 1719.

60 “First, the assumptions on which I have been proceeding are not unrealistic”. WALDRON. *The core of the case*, cit., 1402.

respuesta a algunos fallos del propio sistema político en esa sociedad *core of the case* en su versión flexible.

Por supuesto, Waldron no reconoce este dilema. Para el autor resulta claro que una sociedad en la que se cumplen sus cuatro condiciones no necesita el control de constitucionalidad. Por el contrario, si la sociedad se encuentra por fuera de las cuatro condiciones, no se aplican sus objeciones frente al *judicial review*. Se trata de una posición de todo o nada. Sin embargo, esta última hipótesis no significa que en esas sociedades *non core case* no existan otras formas de repudiar el control de constitucionalidad sobre las que el autor no profundiza<sup>61</sup>.

No obstante, el hecho de que Waldron no reconozca este dilema no esconde la dificultad para aceptar la validez general de sus argumentos en contra de la revisión judicial de las leyes. Aún más cuando la práctica política concreta de una buena parte de las sociedades contemporáneas se aleja de la mejor versión del *core of the case*. Las cuatro condiciones establecidas por Waldron tienen un valor intrínseco pero su obsesión con una sociedad ideal lleva inevitablemente a cuestionarse: ¿por qué Waldron no se concentró en los casos que quedan fuera del *core of the case*, que son los que corresponden con la mayoría de las democracias imperfectas en todo el mundo?

Si la mayor parte de los sistemas políticos actuales no cumple satisfactoriamente con el *core of the case* y, en consecuencia, estos no pueden prescindir del *judicial review* como un remedio imperfecto, ¿por qué Waldron se limitó a señalar aquel modelo que es difícil de obtener y a exigir que la sociedad encuentre la oferta que incluya “el auto más rápido al precio más barato”<sup>62</sup>, en lugar de aceptar u ofrecer un método de revisión judicial de las leyes que sea respetuoso de la igualdad de participación política, del principio democrático y de la protección de los derechos fundamentales?

En el contexto del anterior dilema waldroniano, en esta sección específica sobre el núcleo del argumento en contra de la revisión judicial de las leyes, resulta importante señalar que una lectura seria y de la mejor versión de las cuatro condiciones del *core of the case* conduce inevitablemente a considerar que las objeciones de Waldron no son aplicables al modelo colombiano o, en otras palabras, que el sistema político de Colombia es un *non core case*.

## 2.2. El sistema democrático colombiano como un *non core case*

El argumento de Waldron contra la revisión judicial de las leyes es condicional. Eso quiere decir que, en las sociedades en las que no se cumplen una o varias de sus cuatro condiciones, la tensión entre la democracia y el control

61 Ibid., 1402.

62 Sigo el símil propuesto por el autor: véase ibíd., 1375.

de constitucionalidad no es tan fuerte como en otros sistemas en los cuales esas cuatro condiciones se satisfacen en un alto grado.

En el primer tipo de sociedades (*non core case*), la intervención de los jueces puede ser un (mal) remedio para algunas patologías democráticas. En los sistemas organizados bajo las cuatro condiciones señaladas por Waldron, el control de constitucionalidad causa un gran daño porque distrae a la sociedad del verdadero trasfondo de sus desacuerdos y traslada el ámbito de decisión a una institución judicial que no puede ser controlada democráticamente, ni funciona bajo el respeto del principio de igual dignidad democrática<sup>63</sup>.

Por otra parte, el dilema waldroniano señalado previamente resalta la dificultad para elegir entre una visión de mínimos y una de máximos respecto de los elementos del *core of the case*. En consecuencia, pone de presente el problema para determinar el grado de cumplimiento de cada condición y la complejidad que impide conocer cuándo un sistema es susceptible o no de las críticas de Waldron.

En ese marco, el objetivo de esta sección es apelar a algunos problemas del sistema político de Colombia con el fin de demostrar que allí no se satisfacen, ni siquiera en un grado mínimo aceptable, la primera y la tercera condiciones que forman parte del *core of the case*. Como se mostrará más adelante, si en Colombia no se cumplen esas dos condiciones o se cumplen en un grado deficiente, eso significa que dejan de ser aplicables las críticas de Waldron a la revisión judicial de las leyes.

Es probable que un análisis más exigente concluya que en Colombia no se satisface ninguna de las cuatro condiciones que hacen parte del *core of the case*. Sin embargo, la estrategia de esta sección es la contraria, a saber, señalar que incluso un análisis flexible de las cuatro condiciones de Waldron concluiría que la primera y la tercera condiciones no se alcanzan en el sistema colombiano. De esa manera, tanto el escrutinio estricto como el escrutinio flexible del *core of the case* respaldarían la conclusión que se plantea en esta sección.

### 2.2.1. El contexto frente a la importación acrítica de la teoría estándar adversa al control de constitucionalidad

Como se recordará, la primera condición waldroniana hace referencia al buen funcionamiento del órgano legislativo. Con independencia de si los resultados de la labor legislativa son justos o injustos, Waldron apuesta por un poder legislativo fuerte e independiente en el que tiene lugar una deliberación robusta sobre los desacuerdos sociales.

63 Ibid., 1353.

Lo anterior significa que 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”<sup>64</sup>. Aún más, Waldron demanda que, si el órgano legislativo deja de funcionar razonablemente bien, el propio legislador sea capaz de modificar el sistema electoral o introducir reformas para mejorar su funcionamiento<sup>65</sup>.

Por su parte, la tercera condición hace referencia a la actitud individual de los miembros de la sociedad frente al bien público y los derechos de los demás. El estándar de Waldron es que los ciudadanos creen en la importancia de los derechos, en su garantía efectiva, y que asuman un compromiso serio sobre ese aspecto. La exigencia se extiende hasta el respeto por los derechos de las minorías como una actitud prevalente dentro de la sociedad, porque se asigna una importancia superlativa a los desfavorecidos para compensar su debilidad política<sup>66</sup>.

La mayor parte de los estudios sobre la práctica política colombiana señalan algunos problemas que permiten inferir que allí no ocurre ninguna de las cosas que Waldron tenía en mente cuando pensaba en el legislador que hace un buen trabajo y en el compromiso de los ciudadanos con los derechos de los demás, y, muy especialmente, con los derechos de las minorías. Por ejemplo, Landau mantiene que Colombia:

... es un ejemplo clásico de un país en desarrollo que es democrático [...] pero que sufre de un mal funcionamiento de las instituciones políticas. En particular, el sistema de partidos es muy débil: el sistema es fragmentado, los partidos tienden a ser de corta vida o a tener facciones internas y tienen débiles raíces en la sociedad. En consecuencia, el cuerpo legislativo nunca ha podido cumplir un papel constructivo en el diseño de políticas y los presidentes han dominado en el proceso de diseño de políticas<sup>67</sup>.

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. Este tribunal

64 Ibid., 1361.

65 Ibid., 1362.

66 Ibid., 1365.

67 LANDAU, D. *Political institutions and judicial role in comparative constitutional law*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 51, n.º 2, 2010, 319-377. Se cita la traducción al castellano: LANDAU, D. *Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado*. En *Revista de Economía Institucional*. Vol. 13, n.º 24, 2011, 15.

fuerte resulta atípico, extraño, y es criticado por la teoría constitucional estándar (*i.e.*, constitucionalismo popular) porque esta ha sido elaborada para un contexto específico como el de Estados Unidos<sup>68</sup>. Por el contrario, en Colombia, el rol activo del tribunal constitucional reporta altos beneficios democráticos si se hace una evaluación de su trabajo en clave contextual y con cierta distancia de los postulados abstractos de la teoría constitucional clásica<sup>69</sup>.

En muchos aspectos, la teoría constitucional estándar resulta inaplicable y sus principales elementos son desvirtuados por el contexto y el funcionamiento de la justicia constitucional fuera de Estados Unidos. En el caso de Colombia, Landau afirma que la teoría norteamericana del constitucionalismo popular tendrá mucho que revisar cuando se enfrente a su aplicación concreta en otro tipo de sistemas<sup>70</sup>. Así lo ha reconocido también Mark Tushnet, quien afirma la importancia del contexto para distinguir las sociedades en las que el constitucionalismo popular puede prevalecer sobre el constitucionalismo judicial:

... si el constitucionalismo popular es mejor que el constitucionalismo judicial, es algo que sólo puede responderse atendiendo al contexto. Por ejemplo, si los partidos son sólo mecanismos para la defensa de intereses personales o están organizados alrededor de personalidades en lugar de programas (que sólo existen como retórica), falta una de las condiciones importantes para el constitucionalismo popular. Lo mismo sucede si una comunidad está dividida de tal forma que en la práctica es imposible que un grupo que es despreciado participe en la negociación política y obligue a los demás a competir por sus votos. Los supuestos que Jeremy Waldron identifica en su artículo “Core of the Case” son otras condiciones que deben darse para que el constitucionalismo político pueda funcionar<sup>71</sup>.

Además, la tesis de Landau confirma el dilema waldroniano al que se ha hecho referencia previamente, así como la incapacidad del núcleo del argumento contra el *judicial review* para convertirse en un argumento teórico con aplicación generalizada o universal. Las cuatro condiciones del *core of the case*, bien sea como mínimos necesarios o como tipos ideales, limitan el potencial de esa crítica para afectar a los sistemas de control de constitucionalidad de la mayor parte del mundo porque, desafortunadamente, estos operan en contextos que no satisfacen los requisitos establecidos por Waldron.

68 Ibid., 72 y 73.

69 Ibid., 27.

70 Ibid., 22 y 23.

71 TUSHNET, M. *Derecho constitucional crítico y comparado*. En GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (eds.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: III, UNAM, 2016, 12.

De acuerdo con lo anterior, esta sección es una concreción de la tesis general de Landau en dos sentidos: por una parte, en relación con las objeciones de Waldron al control de constitucionalidad, por otra, en relación con el tipo de sociedades que pueden ser consideradas excluidas del núcleo del argumento contra el *judicial review*. Mientras que Landau señala que, si los autores de la teoría constitucional estándar pusieran su atención en el contexto de los países en desarrollo, se darían cuenta de que una buena parte de sus argumentos no resultan aplicables en estos contextos<sup>72</sup>, en esta sección se sostiene que, si Waldron contrastara la primera y la tercera de sus condiciones con la práctica política y constitucional concreta de Colombia, arribaría a la conclusión de que esta constituye un *non core case*. En consecuencia, la tesis de esta sección solo opera sobre Colombia y no sobre todos los países en desarrollo (límite 1), y solo frente a las objeciones de Waldron y no frente a toda la teoría estándar (límite 2).

#### 2.2.2. El sistema político colombiano por fuera de la sociedad ideal waldroniana

Además de las patologías descritas por Landau, se podría preguntar: ¿cuáles son esos problemas del sistema democrático colombiano que lo separan de la primera y la tercera condiciones waldronianas y lo convierten en un *non core case*?

De manera enunciativa se pueden señalar solo algunos: el desprestigio y falta de legitimidad del Congreso; la desconexión entre la deliberación parlamentaria y la ciudadana; los bloqueos institucionales que se traducen en omisiones legislativas e infradesarrollo de las promesas constitucionales; la debilidad del sistema de partidos; la falta de instrumentos técnicos para que el Congreso pueda legislar sobre materias complejas; la corrupción, y la ausencia de una respuesta institucional a los problemas que afectan a la mayor parte de la población. En síntesis, 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”<sup>73</sup>.

Del mismo modo, como se destacó en otro trabajo, los bloqueos institucionales y las omisiones del Congreso para ofrecer respuestas a los problemas de la sociedad han generado las condiciones para que la Corte Constitucional actúe con el fin de evitar el estancamiento social y político<sup>74</sup>. Incluso, el tribunal ha mostrado unas aptitudes y una posición institucional cualitativa-

72 LANDAU. *Instituciones políticas y función judicial*, cit., 21.

73 CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007, 241.

74 ROA ROA. *La acción pública*, cit., 89-98.

mente mejores que las del Congreso para enfrentar problemas que deberían ser discutidos y resueltos legislativamente<sup>75</sup>.

No se trata de un fenómeno exento de críticas, pero tampoco se puede desconocer que es una realidad cada vez más extendida regionalmente y que goza de un amplio respaldo popular. Por esa razón, 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<sup>76</sup>. Se trata de una nota característica de toda América Latina que tiene elementos particulares en el sistema colombiano<sup>77</sup>.

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<sup>78</sup>. En este punto, los tribunales tienen el gran desafío de mantener su independencia del apoyo ciudadano y evitar extralimitaciones con base en intervenciones que obtienen amplia popularidad pero lesivas del principio democrático.

Las tesis de Waldron parten de la base de que los poderes ejecutivo y legislativo son legítimos y hacen bien su trabajo. Lamentablemente, la realidad no responde a esos presupuestos y, aunque no sea siempre un motivo de orgullo, el poder judicial asume una posición cuya legitimidad aumenta en la medida en que la inacción y las disfuncionalidades de los otros dos poderes desplazan el apoyo y la confianza ciudadana hacia la judicatura<sup>79</sup>.

En efecto, frente a los problemas de legitimidad del Congreso, la Corte ha ejercido funciones de control al presidente; ha exhortado al Congreso para que legisle sobre distintas materias, como los derechos sociales, o para que repare situaciones de discriminación normativa; ha remediado directamente

75 LANDAU. *Instituciones políticas y función judicial*, cit., 16.

76 UPRIMNY, R. *The Constitutional Court and the control of presidential extraordinary powers in Colombia*. En GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R. y SKAAR, E. (eds.), *Democratization and the Judiciary*. Londres: Frank Cass, 2004, 44. Exactamente en el mismo sentido se puede consultar: UPRIMNY, R. *The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and debates*. En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* UK: Ashgate, 2006, 129.

77 BARROSO, L. R. *Reason without vote: The representative and majoritarian function of constitutional courts*. En BUSTAMANTE, T. y GONÇALVES FERNANDES, B. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Suiza: Springer, 2016, 77.

78 CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court*. En *Washington University Global Studies Law Review*. N.º 3, 2004, 681.

79 CASSELS, J. *Judicial activism and public interest litigation in India: Attempting the impossible?* En *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 37, n.º 3, 1989, 515.



casos de discriminación que son producto de las omisiones del legislador y ha vigilado el cumplimiento de decisiones en las que ha emitido orientaciones de contenido sobre una determinada política<sup>80</sup>. Desde luego, ninguna de estas funciones es 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. Las causas de este fenómeno son múltiples y tienen relación con aspectos tan diversos como la apatía, el individualismo, la inseguridad y el grave peligro para la vida e integridad física de quienes se vinculan a determinados sectores (p. ej., defensores de derechos humanos, sindicalistas, voluntarios y organizaciones no gubernamentales), la ausencia de garantías para las minorías políticas y para quienes se encuentran en la oposición al Gobierno<sup>81</sup> o la estigmatización de ciertos colectivos que son identificados con los grupos armados ilegales<sup>82</sup>.

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<sup>83</sup>.

Sin embargo, se trata de un fenómeno ampliamente criticado porque genera desmovilización política y conduce a que los ciudadanos descuiden el procedimiento legislativo o se desentiendan de los procesos electorales parlamentarios, mientras que se concentran en canalizar sus demandas exclusivamente a través del poder judicial. Es una crítica muy fuerte pero injustificada en un escenario en el que el ciudadano debe buscar respuesta a sus reclamos más básicos en alguna institución pública y en el que el control de constitucionalidad —como también se indicó— es un generador de deliberación pública de calidad.

Al factor anterior se agrega la ausencia de políticas públicas apropiadas para un Estado multicultural, el abandono de las comunidades indígenas, la reticencia a consultarlas cuando se trata de una decisión pública que les afecta directamente o la atribución de responsabilidades al mecanismo de consulta previa por impedir la ejecución de proyectos de infraestructura o

80 Sobre los casos en los cuales la Corte Constitucional de Colombia ha declarado la existencia de una omisión legislativa, véase BAZÁN, V. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, 753-774.

81 BERNAL PULIDO, C. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 11, n.º 2, 2013, 352.

82 GARCÍA-VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R. *Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia*. En DE SOUSA SANTOS, B. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Río de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 309.

83 CEPEDA ESPINOSA. *Polémicas constitucionales*, cit., 243 y 244.



de inversión extranjera<sup>84</sup>. La ausencia de una garantía efectiva para el derecho de participación política de las minorías en Colombia ha aumentado la probabilidad de que las decisiones mayoritarias sean violatorias de otros derechos de los cuales esos mismos grupos son titulares.

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. En un contexto como el señalado, incluso quienes apoyan una visión crítica del control de constitucionalidad aceptan que este tipo de condiciones afectan directamente la primera condición del *core of the case*<sup>85</sup>.

Por esa razón, los autores que atacan el control de constitucionalidad de carácter fuerte defienden un tipo de intervención excepcional de los jueces que, además de garantizar los elementos esenciales del procedimiento democrático, incluya la protección de la igualdad efectiva de los ciudadanos llamados a participar en la deliberación democrática. Lo anterior implica reconocer la legitimidad de los tribunales constitucionales para decidir sobre áreas que tradicionalmente se han mantenido reservadas al legislador o al ejecutivo, como la política económica o los derechos sociales<sup>86</sup>.

En síntesis, el dilema de Waldron y el análisis de la aplicación del *core of the case* en Colombia permiten colegir que las tesis de Waldron están hechas a la medida de otro tipo de sociedades<sup>87</sup>. No resulta extraño que sus referencias y ejemplos constantes remitan al funcionamiento de las instituciones políticas y a la calidad de los debates parlamentarios en Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido<sup>88</sup>. En virtud de un argumento de dependencia contextual –que el propio autor reconoce–, su ataque al control de constitucionalidad no es aplicable a Colombia y, como han señalado algunos autores, tampoco lo es a Estados Unidos<sup>89</sup>.

La conclusión de esta sección es que la dificultad para cumplir con los requisitos del *core of the case* dejan al sistema colombiano por fuera de los ataques de Waldron. No se trata de una inferencia alentadora sino de la

84 SUÁREZ RICAURTE, F. *El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena*. En HENAO, J. C. y GONZÁLEZ ESPINOSA, A. C. (eds.), *Minería y desarrollo*. T. IV. *Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, 331-375.

85 LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons, Barcelona, 2008, 86 y 87.

86 *Ibíd.*, 142; cursiva original.

87 Esta es una de las críticas que Tushnet formula a la pretensión totalizante de las objeciones de Waldron. Véase TUSHNET. *How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?*, cit., 69.

88 WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, cit., 346.

89 TUSHNET. *How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?*, cit., 64.

asunción de un desafío que consiste en construir argumentos aplicables a la práctica constitucional colombiana, sin renunciar a la aspiración de que se transformen los elementos necesarios para que se cumplan las cuatro condiciones de Waldron. Cuando esto último suceda, sus argumentos tendrán mayor utilidad que la que se puede aprovechar actualmente.

Además, en esta sección se ha construido un argumento con el fin de insistir en la necesidad de un debate contextual sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Quizá la mayor parte de las sociedades aspira a organizarse bajo las condiciones del *core of the case*. Aún más, para algunas sociedades estas condiciones solo son un mínimo o (muy pobre) punto de partida que ya fue superado. No obstante, es importante utilizar los elementos teóricos de manera crítica y bajo el entendimiento de que estos también tienen limitaciones para comprender y explicar la realidad.

Desde luego, el constitucionalismo global no puede prescindir de las teorías estándar de origen europeo o norteamericano. Sin embargo, incluso la discusión teórica global tiene el imperativo de reconocer las particularidades que afectan a los contextos de las sociedades en las que esas teorías pretenden ser aplicadas. El argumento de contexto indica que no es posible evaluar el papel de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en Colombia con base en la teoría que ha sido elaborada pensando esencialmente en países como Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y, en el menos lejano de los casos, Estados Unidos.

Se trata de un exhorto a una discusión que combine el profundo conocimiento de la teoría estándar con una recepción crítica de sus postulados y un rechazo enfático de sus pretensiones totalizantes. A nivel mundial, el debate sobre las credenciales democráticas del control de constitucionalidad ha sido resuelto a favor de la intervención de los jueces en el control de la actividad del Congreso. Sin embargo, en los países de América Latina se trata de una cuestión pendiente y, según se ha sostenido, el debate académico en la región no se puede limitar a tomar nota de las conclusiones derivadas de la deliberación en el Norte Global<sup>90</sup>.

Además, la práctica constitucional colombiana, como la de otros países de América Latina, puede aportar a la teoría constitucional global. Si eso es así, entonces la región no puede asumir el papel de simple receptora y debe hacer un esfuerzo por construir marcos teóricos que comprendan sus propias prácticas constitucionales<sup>91</sup>. Quizá el sistema de control de constitucionalidad que resulta extraño para la teoría estándar, en lugar de alejar a Colombia de los elementos de un sistema *core of the case*, lo aproxima a esa sociedad

90 Véase GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 24.

91 Véase BOGDANDY, A. v. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. En *Revista de Derecho del Estado*. N.º 34, 2015, 3-50.

bien organizada; de manera que no representa un coste sino un beneficio democrático para esa comunidad política.

En la siguiente sección se sostendrán dos argumentos que juegan a favor de la tesis de que un modelo de control de constitucionalidad que incluya la acción pública de constitucionalidad se encuentra a salvo del *core of the case* o, lo que es lo mismo, que la acción pública reporta un beneficio democrático incluso cuando se satisfacen todos los parámetros de la sociedad que Waldron imagina.

### 2.3. *La acción pública de constitucionalidad a salvo del core of the case*

Este artículo es un intento por mostrar las ventajas de la acción pública de constitucionalidad sin construir argumentos que residan exclusivamente en los errores, deficiencias o problemas del sistema político. Es decir, la solidez de los argumentos a favor de la acción pública de constitucionalidad no depende del grado de adecuación del sistema político a las condiciones del *core of the case*.

En todo caso, existe un reparo adicional que podría formularse desde la perspectiva de Waldron con el potencial de afectar la tesis de la sección anterior. Esa objeción señala que, incluso si en Colombia existen fuertes razones para defender el modelo colombiano de control de constitucionalidad y allí no resultan aplicables los ataques de Waldron porque no se satisfacen los elementos del *core of the case*, todavía se mantiene incólume un ataque final que el propio Waldron formula contra el *judicial review*. Según este último, el *judicial review* es, en sí mismo, uno de los obstáculos que impide que muchas sociedades satisfagan las condiciones de una sociedad bien constituida. Desde ese punto de vista, la acción pública de constitucionalidad no es un diseño institucional aceptable de la justicia constitucional sino un simple remedio imperfecto a los problemas del sistema político. En el largo plazo –señala esa objeción– el remedio se convierte en un obstáculo para que esos problemas se superen.

Este último argumento ha sido refutado por algunos autores que se han ocupado de demostrar que los sistemas que satisfacen los estándares establecidos por Waldron también tienen razones suficientes para rechazar sus objeciones al control de constitucionalidad. En ese sentido, en esta sección se hará referencia a las tesis de Richard Fallon y Rosalind Dixon.

El primero defiende que en una sociedad ordenada y con un buen funcionamiento del sistema político, el control de constitucionalidad funge como una vía para reforzar la protección de los derechos constitucionales. Por su parte, Dixon sostiene que un sistema *core of the case* no se puede considerar exento de algún tipo de fallo. En concreto, 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. Al final de esta sección se concluirá que el sistema de acción pública de constitucionalidad puede utilizar estas dos vías de defensa del control judicial de las leyes para quedar a salvo de las objeciones de Waldron, incluso si el sistema democrático colombiano alcanza de manera ocasional o permanente un funcionamiento que satisfaga las condiciones del *core of the case*.

### 2.3.1. La sobreprotección de los derechos frente a la infraprotección de los derechos

Richard Fallon ha contestado directamente a las objeciones de Waldron. Fallon considera que no es tan fácil postular la existencia de una sociedad bien ordenada y, a continuación, desechar automáticamente el *judicial review*. La tesis central de Fallon es que el control de constitucionalidad también es deseable cuando se satisfacen las cuatro condiciones del *core of the case*.

En respaldo de su tesis, Fallon sostiene que los tribunales aportan una visión o perspectiva diferente que permite identificar las violaciones a los derechos constitucionales<sup>92</sup>. En consecuencia, la conjunción entre una democracia *core of the case* y el control de constitucionalidad genera una sobreprotección deseable de los derechos constitucionales. Además, mantiene que, si el control de constitucionalidad genera un costo para una democracia ideal, ese perjuicio se produce por la sobreprotección de los derechos, que es un costo mucho menor que aquel que produce la infraprotección de los derechos<sup>93</sup>.

Esta tesis de Fallon permite afirmar que, si el sistema político no funciona bien e incumple las condiciones del *core of the case*, las críticas de Waldron no se aplican y el control de constitucionalidad en ese contexto queda a salvo del ataque waldroniano. Se trata de la misma tesis que se mantuvo en la sección anterior. Sin embargo, el elemento que se agrega a continuación es que, si esporádica o permanentemente el sistema funciona bajo los parámetros ideales del *core of the case*, el control de constitucionalidad es un mecanismo adicional al servicio de la protección de los derechos constitucionales.

Mientras que, en el primer caso, el control de constitucionalidad no resulta criticable sino necesario como un remedio a las disfuncionalidades del sistema político, en el segundo caso, el control de constitucionalidad no sobra –por decirlo de alguna manera– porque se agrega al procedimiento legislativo como una vía más para que los ciudadanos obtengan la protección de sus derechos. Como señala Fallon, se podrá decir que el sistema tiene una

92 FALLON. *The core of an uneasy case*, cit., 1709.

93 *Ibíd.*, 1700.

sobreprotección de los derechos y eso es, definitivamente, mucho mejor que una infraprotección de los derechos o una infraaplicación de la Constitución<sup>94</sup>.

En síntesis, para Fallon no hay una relación de incompatibilidad absoluta dentro de un sistema que funciona bien democráticamente y que incorpora el control de constitucionalidad. Esa tesis aplicada al sistema colombiano permite inferir que este puede ser un caso de error por sobreprotección de los derechos. En tal evento, se podría afirmar con Fallon que “los errores que resultan de la infraaplicación de los derechos son más preocupantes que los errores que resultan de su supraaplicación, y el control de constitucionalidad puede proveer una protección ostensiblemente valiosa contra los errores de infraaplicación”<sup>95</sup>.

La conclusión general del autor es que, al cumplir la función de sobreprotección de los derechos, el *judicial review* contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de todo el sistema judicial y político porque un aspecto esencial de esa legitimidad radica en disminuir la probabilidad de la violación de los derechos<sup>96</sup>.

### 2.3.2. Limitaciones epistémicas de la democracia: los puntos ciegos y las cargas de inercia del legislador y del Gobierno

En segundo lugar, Rosalind Dixon también se ha ocupado de señalar que el control de constitucionalidad no es prescindible en las democracias que funcionan aceptablemente. El punto de vista de Dixon es muy diferente de la perspectiva de Fallon. Mientras que este acepta que una democracia que funciona bien tiene una ventaja epistémica, Dixon señala que una democracia *core of the case* puede tener otro tipo de problemas o fallos que restan su valor como proceso de decisión. Ante los efectos importantes de esa debilidad de la democracia, el control de constitucionalidad aparece como una vía adecuada para introducir correctivos.

En concreto, Dixon afirma que incluso las democracias que funcionan de manera adecuada tienen un alto riesgo de aprobar políticas públicas contrarias a los valores públicos de la Constitución. Esto sucede porque existen *puntos ciegos* de la democracia o del sistema deliberativo.

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 cons-

94 Ibid., 1708.

95 Ibid., 1709. La tesis de la sobreprotección de los derechos es discutida en TUSHNET. *How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?*, cit., 49-70.

96 FALLON. *The core of an uneasy case*, cit., 1716.

titucionales; 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<sup>97</sup>.

Además, Dixon también se refiere a los problemas o *cargas de inercia* del legislador que afectan a los derechos constitucionales. En especial, se preocupa por la inercia legislativa que es consecuencia de la prevalencia de los intereses electorales de los grupos políticos sobre la protección de los derechos, o bien de la intención de mantener la unidad de un partido político cuando existen diferentes opiniones dentro del mismo sobre el contenido de un derecho<sup>98</sup>. La autora también señala que una democracia *core of the case* puede combinar la inercia del legislador con la inercia de la administración con resultados perjudiciales para la garantía efectiva de los derechos<sup>99</sup>.

Frente a los *puntos ciegos* y la inercia del legislador, Dixon propone un enfoque dialógico de la justicia constitucional en el que los tribunales deben adoptar medidas para evitar la prolongación de los efectos de los puntos ciegos o resolver los problemas que generan los bloqueos legislativos<sup>100</sup>. No se trata solamente de que el poder judicial le indique al legislador que ha fallado y permanezca a la espera de que este se desbloquee o abandone la posición de inercia, o de que los jueces adopten remedios individuales en casos concretos por la vía de los mecanismos de tutela o amparo. El poder judicial debe contribuir directamente a remediar la inercia o superar el bloqueo institucional<sup>101</sup>.

Fallon y Dixon tienen una preocupación común por el hecho de que en una democracia *core of the case* se produzcan violaciones a los derechos fundamentales como consecuencia de la acción del propio Parlamento. El aspecto que los aleja es que, mientras Dixon también se preocupa por la inercia legislativa, Fallon considera que “la acción legislativa es más proclive a la violación de derechos fundamentales que la inacción del legislador”<sup>102</sup> y, por tal razón, el autor se despreocupa de este último aspecto.

En ese marco, se puede aceptar la invitación waldroniana e imaginar que ocasional o permanentemente el sistema democrático colombiano cumple con

97 DIXON, R. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 402.

98 En Estados Unidos existen muchos ejemplos de desacuerdos dentro de la sociedad que dividieron a los partidos y sobre los cuales el Congreso se abstuvo de decidir para que fuera la Corte Suprema el órgano encargado de tomar una decisión sobre la materia. Se citan como casos paradigmáticos los problemas relacionados con la abolición de la esclavitud (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Véase TUSHNET, M. *Alternative forms of judicial review*. En *Michigan Law Review*. Vol. 101, 2002, 2788.

99 DIXON. *Creating dialogue about socioeconomic rights*, cit., 403.

100 *Ibíd.*, 406.

101 *Ibíd.*, 404 y 405.

102 FALLON. *The core of an uneasy case*, cit., 1700.

las condiciones de una sociedad organizada bajo el *core of the case*. Como ya se ha dicho, superar los problemas descritos en la sección anterior, que hacen de Colombia un *non core case*, es una de las promesas centrales de la Constitución de 1991 y un requisito necesario para garantizar la realización de otras promesas constitucionales. Ahora bien, ¿justificaría eso eliminar el control de constitucionalidad o, por el contrario, las tesis de Fallon y Dixon aconsejan mantener el control de constitucionalidad y el mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad dentro de una sociedad *core of the case*?

Desde luego, los dos autores coinciden en que el control de constitucionalidad también causa beneficios democráticos en sociedades bien organizadas, pero no hacen referencia a un mecanismo de acceso directo al control de constitucionalidad. Sin embargo, la tesis central de Fallon, en relación con su preferencia por un sistema de sobreprotección de los derechos frente a uno de infraaplicación de la Constitución, contribuye a defender la existencia de un mecanismo con el cual el ciudadano pueda acceder fácilmente al control de constitucionalidad para que los jueces remedien la violación a sus derechos derivados de la acción del legislador.

Del mismo modo, el aporte de Dixon en relación con los *puntos ciegos* del sistema democrático y su preferencia por un sistema en el que los jueces tienen un rol central para la superación de los efectos negativos que esos *puntos ciegos* conllevan para los derechos constitucionales, permiten defender un sistema en el cual los propios ciudadanos activan la intervención judicial con el fin de remediar las consecuencias negativas de los límites epistémicos del legislador.

Todavía más, desde la perspectiva de Dixon, el control de constitucionalidad –suscitado por una demanda ciudadana– contribuye a superar situaciones de bloqueo institucional mediante órdenes directas. La reticencia legislativa para cumplir con sus funciones impide que el legislador reclame a la judicatura por ocupar un espacio que el propio legislador ha dejado vacío; los jueces no desplazan al legislador cuando este mismo declina en el ejercicio de sus funciones. En estos casos, los tribunales pueden señalarle al legislador que los propios ciudadanos han solicitado la intervención judicial frente a la defraudación de las expectativas sobre el rol que corresponde al poder legislativo dentro de la organización social.

Desde otro punto de vista, el cumplimiento esporádico de las condiciones del *core of the case* es una razón central para mantener el control de constitucionalidad y el mecanismo de acceso directo de los ciudadanos al control abstracto de las leyes porque este se convierte en un seguro que opera cuando no se satisfacen esas condiciones. El control de constitucionalidad evita los retrocesos, remedia los retrocesos parciales y estimula avances permanentes dentro del sistema democrático.

Por otra parte, en sociedades *core of the case* en construcción o que transitan de escenarios *non core case* hacia modelos de funcionamiento aceptable, el



control de constitucionalidad funge como un instrumento de consolidación y de contención de los posibles retrocesos. En estos casos es imprescindible un mecanismo de fácil acceso al control de constitucionalidad que, sobre todo, pueda ser activado por actores diferentes a quienes son responsables del retroceso o quienes se benefician del mismo.

En todos los supuestos mencionados previamente resulta desvirtuada la tesis de Waldron según la cual el control de constitucionalidad impide que sistemas *non core case* se acerquen al funcionamiento de una sociedad bien ordenada. Además, el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional contribuye a que el *judicial review* funcione como un remedio efectivo a los posibles errores que puede cometer un legislador *core of the case* o reaccione frente a sus posibles retrocesos. El control de constitucionalidad, después de todo, puede contribuir, mucho más de lo que Waldron está dispuesto a aceptar, a la construcción y mantenimiento de una sociedad *core of the case*.

#### CONCLUSIONES

En este artículo se ha defendido que las cuatro condiciones necesarias para que exista una sociedad bien ordenada son demasiado exigentes para el sistema democrático colombiano. Por esa razón, las objeciones formuladas al control de constitucionalidad en esos contextos no son aplicables al caso colombiano.

Además, se ha demostrado que 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. Sin embargo, en este caso, la satisfacción de las cuatro condiciones aportaría muy poco a resaltar las virtudes del proceso legislativo en relación con el control de constitucionalidad.

Asimismo, en el artículo se ha cuestionado la tesis de que el control de constitucionalidad es innecesario en aquellas sociedades que cumplen satisfactoriamente con las cuatro condiciones del *core of the case*. Según se ha indicado, la eliminación del control de constitucionalidad para confiar todo el desarrollo de la Constitución al legislativo puede causar una infraprotección de los derechos. En cambio, el riesgo del control de constitucionalidad en sociedades *core of the case* es la sobreprotección de los derechos. El segundo riesgo es más asumible que el primero en términos constitucionales y democráticos.

Por último, 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.

Lo importante, como el propio Waldron diría, es que tanto defensores como detractores del control de constitucionalidad entiendan que *existen posiciones honorables en ambas partes*, que no se den por ciertos ni siquiera los argumentos con mayor difusión y que no dejemos de reflexionar y deliberar.

#### REFERENCIAS

- ACKERMAN, B. *We The People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- BARROSO, L. R. *Reason without vote: The representative and majoritarian function of constitutional courts*. En BUSTAMANTE, T. y GONÇALVES FERNANDES, B., *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Suiza: Springer, 2016, 71-90.
- BAYÓN, J. C. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 285-355.
- BAZÁN, V. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- BERNAL PULIDO, C. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 11, n.º 2, 2013, 339-357.
- BOGDANDY, A. V. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. En *Revista de Derecho del Estado*. N.º 34, 2015, 3-50.
- CASSELLS, J. *Judicial activism and public interest litigation in India: Attempting the impossible?* En *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 37, n.º 3, 1989, 495-519.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court*. En *Washington University Global Studies Law Review*. N.º 3, 2004, 537-700.
- CHRISTIANO, T. *Waldron on law and disagreement*. En *Law and Philosophy*. Vol. 19, n.º 4, 513-543.
- DIXON, R. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 391-418.

- DWORKIN, R. *Igualdad, democracia y Constitución. Nosotros, el Pueblo, en los tribunales*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (coords.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 117-149.
- ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- ELSTER, J. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- FALLON, R. *The core of an uneasy case for judicial review*. En *Harvard Law Review*. Vol. 121, n.º 7, 2008, 1693-1736.
- FERRERES COMELLA, V. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 23, 2000, 29-47.
- FERRERES COMELLA, V. *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*. En *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 11-42.
- FERRERES COMELLA, V. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática*. En CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, 356-380.
- GARCÍA-VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R. *Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia*. En DE SOUSA SANTOS, B. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Río de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 297-335.
- GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J. *The Federalist Papers*. Nueva York: Dover Publications, 2014.
- KUMM, M. *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review*. En *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. N.º 09-10, 2009, 1-38.
- LANDAU, D. *Political institutions and judicial role in comparative constitutional law*. En *Harvard International Law Journal*. Vol. 51, n.º 2, 2010, 319-377.
- LINARES, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Barcelona: Marcial Pons, 2008.
- NIEMBRO ORTEGA, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95, 2012, 139-168.
- ROA ROA, J. E. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- ROA ROA, J. E. *El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia*. En CORREA HENAO, M. y ROBLEDO SILVA, P. *Diseño insti-*

*tucional del Estado democrático en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 113-136.

STONE SWEET, A. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUÁREZ RICAURTE, F. *El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena*. En HENAO, J. C. y GONZÁLEZ ESPINOSA, A. C. (eds.), *Minería y desarrollo*. T. IV, *Minería y comunidades: impactos, conflictos y participación ciudadana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, 331-375.

TUSHNET, M. *How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review?* En *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30, n.º 1, 2010, 49-70.

TUSHNET, M. *Derecho constitucional crítico y comparado*. En GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (eds.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*. México: IJ, UNAM, 2016, 1-14.

TUSHNET, M. *Alternative forms of judicial review*. En *Michigan Law Review*. Vol. 101, 2002, 2781-2802.

UPRIMNY YEPES, R. *The Constitutional Court and the control of presidential extraordinary powers in Colombia*. En GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R. y SKAAR, E. (eds.), *Democratization and the Judiciary*. Londres: Frank Cass, 2004, 33-49.

UPRIMNY YEPES, R. *The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and debates*. En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* UK: Ashgate, 2006, 127-151.

WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. J. L. Martí y Á. Quiroga (trads.). Barcelona: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, J. *The core of the case against judicial review*. En *Yale Law Journal*. N.º 115, 2005, 1346-1406.

WALDRON, J. *Revisión judicial dialógica*. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, 2013, 1-10.

WALDRON, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. En *Dikaion*. Vol. 27, n.º 1, 2018, 7-28.

WALDRON, J. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. Conferencia impartida en la Corte Constitucional de Colombia el 4 de agosto de 2017. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=8l\\_WGqY3qMA](https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY3qMA)