

Una defensa contextual del control judicial activista: erosión democrática y búsqueda deliberativa de legitimidad

A Case for a Contextual Activist Judicial Review: Democratic Erosion and Deliberative Quest for Legitimacy

Leonardo García Jaramillo

Universidad EAFIT, Medellín-Colombia

lgarciaj@eafit.edu.co

Resumen: Este artículo discute y defiende normativamente una versión del control judicial en democracias que se desenvuelven en condiciones menos favorables a nivel político, social o económico. Luego de tres décadas de experimentalismo judicial en América Latina la doctrina regional debería adoptar también una perspectiva instrumental en virtud de la cual se evalúen los rendimientos del control judicial en la calidad de las instituciones democráticas y en el goce efectivo de los derechos. Este mecanismo ha adquirido una dimensión adicional a la invalidación de piezas legislativas o políticas por vulnerar de manera injustificada algún elemento medular de la constitución, típicamente, los derechos fundamentales. Una dimensión proactiva o activista se ha materializado en decisiones que imparten órdenes complejas, con remedios y mecanismos de monitoreo de distintas intensidades, para responder a violaciones masivas y reiteradas de derechos que profundizan la desigualdad social. Para aproximarse a ambas variables, normativa e instrumental, se analiza el caso del tribunal constitucional colombiano cuyas estrategias deliberativas durante el proceso de formación de este tipo de decisiones, han probado ser fundamentales para dotarlo de legitimidad institucional y, además, para contribuir a la legitimidad del sistema político en conjunto.

Palabras clave: filosofía del derecho, democracia constitucional, deliberación, legitimidad democrática.

Abstract: The article discusses and normatively defends a judicial review model focused on democracies operating in less favorable conditions at a political, social or economic level. After three decades of judicial experimentalism in Latin America, scholars in the region should also adopt an instrumental perspective to evaluate the performance of this mechanism in the quality of democratic institutions and in the right's enforcement. Judicial review has developed an additional dimension with respect to invalidation of legislative or political pieces for unjustifiably violating constitution's core elements, typically, basic rights. A proactive or activist

dimension has materialized in decisions that issue complex orders, with remedies and monitoring mechanisms of different intensities, facing massive and repeated violations of rights that deepen social inequality. To approach both normative and instrumental variables, the case of the Colombian constitutional court is analyzed. Deliberative strategies, during the formation process of this type of decisions, have proven to be fundamental to provide it with institutional legitimacy and to contribute to the legitimacy of the political system as a whole.

Keywords: philosophy of law, constitutional democracy, deliberation, democratic legitimacy.

I. Introducción

Somos muchos y estamos en desacuerdo acerca de lo justo

Waldron (1999, p. 1)

Este epígrafe representa bien uno de los principales argumentos esgrimidos en contra del control judicial, también, en América Latina. Condensa, a su vez, algunos de los presupuestos medulares de esta posición, tales como el pluralismo ideológico, el desacuerdo social y la dificultad de determinar muchas veces qué es lo justo en circunstancias concretas. Conforme a Waldron y sus epígonos en la región, el control judicial resulta un mal negocio para una democracia, pues no hay certeza de que los tribunales siempre adoptarán decisiones correctas pero sí hay certeza de que cada derogatoria judicial de una ley afectará la soberanía popular mayoritaria. El punto de partida de este artículo cuestiona, con sensibilidad contextual por las violaciones masivas y estructurales de derechos en Estados constitucionales del sur global, si un desacuerdo puede considerarse justo cuando implica para una de las partes la *violación intensa* del *contenido esencial* de sus *derechos humanos y fundamentales*, sin otra justificación más que el respeto a la *facultad legislativa de imponer límites a los derechos* fundada en el principio de la *soberanía popular mayoritaria*. Esta consideración se agrava cuando, además, son los instrumentos del derecho penal, como última ratio, los que se imponen para sancionar la transgresión de acuerdos como *penalizar el aborto por emergencia obstétrica* (CorteIDH. *Manuela y otros vs. El Salvador*. Noviembre 2 de 2021) o *la eutanasia, no obstante contar con el consentimiento libre e informado del paciente que padece un intenso sufrimiento por enfermedad grave e incurable* (C-239 de 1997; C-233 de 2021¹).

Los principios del autogobierno colectivo y de la máxima garantía de los derechos fundamentales no son absolutos. La tensión que se presenta en muchos casos al interior de sociedades plurales y complejas, enmarcadas además por constituciones normativas, garantizadas y con derechos vinculantes, exige en circunstancias concretas adoptar decisiones anti-mayoritarias que, sin embargo, no afecten de forma intensa y desproporcionada el principio de autogobierno colectivo y no desnaturalicen la democracia como forma de gobierno basada en las aspiraciones colectivas y la igual consideración y respeto. La magnitud que para el orden constitucional representan los derechos fundamentales radica en que su vigencia no puede permanecer supeditada, sin excepción, a las decisiones políticas que expresan la soberanía popular (SU-225 de 1998). El ejercicio de los derechos individuales no se puede condicionar por las injusticias derivadas del principio mayoritario (SU-214 de 2016). Los poderes públicos encuentran en la garantía a los derechos fundamentales su fuente de legitimidad.

En Estados constitucionales cuyas democracias se desenvuelven en condiciones menos favorables respecto de países desarrollados, los tribunales, y no solo los órganos políticos con representación mayoritaria, deben contribuir a realizar los mandatos de prohibición frente a la restricción excesiva y de prohibición por acción, acción insuficiente o inacción de leyes o políticas que *vulneran desproporcionadamente un derecho* o lo *garantizan en un grado insuficiente de forma injustificada*. Garantizar el goce efectivo del derecho a la dignidad no solo comprende la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también la acción de proporcionar medios sin los cuales no se tiene un mínimo de calidad de vida. Entre los ejemplos se podrían destacar la violación legal de la autonomía de un enfermo terminal al impedirle decidir cómo y cuándo poner fin a su existencia mientras padece intensos e incurables sufrimientos, la obligación a una mujer de llevar a término un embarazo producto de una violación o cuyo feto se desarrolla con anencefalia, o los miles de individuos, como las víctimas de desplazamiento forzado interno, que sufren graves padecimientos por la acción insuficiente o inacción de organismos del Estado.

El fallo *Gelman vs. Uruguay*, de 2011, afectó el principio de la soberanía popular uruguaya en virtud de la garantía a los derechos a la honra y la intimidad, la identidad e integridad personales, la verdad, la vida, el nombre, la dignidad y la protección judicial, de las víctimas demandantes. Respetar la soberanía popular tiene límites, aunque de mínimos morales, en el Estado constitucional. No solo se trata de garantizar derechos humanos y fundamentales sino también, como en este caso, de sancionar delitos de lesa humanidad, como las desapariciones forzadas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la supresión y sustitución de identidad. En otra sentencia más reciente esta

Corte intervino sobre la soberanía popular salvadoreña en el caso de la *penalización del aborto, incluso, por emergencia obstétrica*. En *Manuela y otros vs. El Salvador*, de 2021, se evidenció el caso de mujeres condenadas, no por el delito de aborto sino de homicidio agravado, con penas de hasta 50 años de cárcel. Se afectó el principio de la soberanía popular de los salvadoreños en virtud de la garantía a los derechos a la vida, la integridad personal, la igualdad ante la ley y la salud; a no ser sometidos a penas crueles, inhumanas o degradantes; y a la defensa, a ser juzgada por un tribunal imparcial, a la presunción de inocencia y la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria.

Las posiciones de quienes sustentan estos casos, sin llegar a demonizarlos,² no pueden ostentar en el debate público el mismo amparo constitucional respecto de *desacuerdos que no comprometen la garantía del núcleo esencial de derechos humanos y fundamentales*, tales como el grado de optimización de las libertades de asociación y expresión, o qué destinación deben tener recursos públicos orientados a garantizar los derechos sociales a la salud o a la educación. La garantía de la dignidad y la igual consideración y respeto, en tanto precondiciones de la democracia, nos acercan a conseguir una unión más perfecta en sociedades políticas marcadas por el pluralismo. En el Estado constitucional hay cuestiones relacionadas con la garantía de las libertades fundamentales y los derechos sociales sobre los cuales no puede haber desacuerdos justos. Por extendido y profundo que sea el desacuerdo acerca de si se deben amparar o no dimensiones *esenciales* de derechos o libertades, la omisión en su garantía efectiva quebranta el mandato consagrado en normas constitucionales específicas así como el modelo ideológico del Estado social y democrático de derecho, y el proyecto axiológico de las constituciones del Estado constitucional. Mazzaresse lo explica con perspicaz claridad: “*La reivindicación del carácter distintivo y fundante, para el estado constitucional de derecho, del principio de la tutela de la dignidad y los derechos fundamentales* no es una consecuencia de una especulación arbitraria de la literatura no siempre convincente sobre el neo-constitucionalismo ni de una herencia neo-iluminista que recuerda el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 sino que *se basa en su sanción, explícita y reiterada en los últimos setenta y cinco años, en el derecho internacional, regional y nacional de todos aquellos países que, sea por conveniencia o por convicción, lo han enunciado en sus constituciones*” (Mazzaresse, 2019, pp. 141 y 142; énfasis añadidos). Si bien la inmovilidad es también una expresión del derecho a la libertad de locomoción, organismos públicos con representatividad popular no pueden decidir no legislar sobre fenómenos que generan violaciones masivas de derechos fundamentales.

Abdicar en contribuir a remediar situaciones de injusticia manifiesta cuando los jueces son llamados intervenir es tan grave como la ilegalidad y la injusticia por que vuelve

nugatoria la garantía contenida en los derechos sociales y admite restricciones injustificadas sobre las libertades fundamentales. En este sentido resulta relevante, como se plantea en este texto, discutir sobre la función judicial y, en particular, sobre el control judicial que, con matices, se debe implementar en Estados constitucionales cuyas democracias subsisten en condiciones donde, de un lado, el proceso legislativo evidencia “puntos ciegos” y soporta “cargas de inercia”³ que les impiden a los órganos políticos responder a demandas de individuos o grupos sociales minoritarios, y donde, de otro lado, subsisten patologías como el populismo, la corrupción, el ascenso del evangelismo político, el clientelismo y la debilidad institucional; así como la pobreza generalizada, la violencia, el regular desempeño económico y la falta de cohesión social; patologías que generan o perpetúan las desigualdades y la discriminación.

El control judicial en este tipo de democracias, sobre todo,⁴ ha probado ser un instrumento, *aunque excepcional*, necesario para conciliar los principios medulares de la democracia cuando entran en conflicto con principios constitucionales. Evalúese como un bien o como un mal menor, dicho instrumento ha demostrado, en distintos tiempos y contextos bien identificados, su eficacia como mecanismo empoderativo para individuos y colectivos sociales tradicionalmente marginados. Las prácticas deliberativas que ha implementado el tribunal constitucional colombiano para adoptar sus decisiones reconocidas como activistas han probado ser fundamentales para dotarlo de legitimidad institucional y, además, para contribuir a la legitimidad del sistema político en conjunto. Desde la necesidad de realizar análisis normativos e instrumentales para evaluar la conveniencia y legitimidad de las dos dimensiones del control judicial en América Latina,⁵ este tribunal constituye un buen estudio de caso para considerar la extrapolación e implementación de algunas de sus prácticas a otros estados constitucionales de la región.

II. El costo democrático del control judicial, la máxima realización de los derechos fundamentales y el contexto social

Defensores y detractores del control judicial de constitucionalidad coinciden en general en que dicha práctica tiene un costo en términos democráticos, en el sentido de que interviene el ideal del autogobierno colectivo y la regla de mayorías toda vez que permite a un pequeño grupo de funcionarios no elegidos por el pueblo y, formalmente, no representativos invalidar manifestaciones legislativas de la soberanía popular.⁶ En determinadas circunstancias, que se deben sustentar debidamente, se trata de un costo razonable, de una afectación proporcional, al ideal del autogobierno colectivo cuando

la pieza legislativa anulada afecta o compromete severamente el goce efectivo de derechos fundamentales. El ejercicio del control no comporta una práctica inherentemente antidemocrática porque no hay democracia allí donde no se garantizan, si quiera en grado mínimo, los derechos de todos. Algún grado de afectación al principio de autogobierno colectivo por el ejercicio del control judicial es el costo democrático que debe asumirse para tener un sistema que garantiza los derechos fundamentales de todos. La construcción de una democracia genuina exige amparar los principios de dignidad e igual consideración y respeto en vez de estimar imponderable a la soberanía popular excepto en casos de afectación a derechos políticos, como se defendería desde el modelo normativo, pero democráticamente mínimo, del control judicial de J.H. Ely (1981), por ejemplo.

Para quienes, como Raz, los procedimientos democráticos tienen solo valor instrumental, la afectación no es muy intensa, y por tanto se justifica, si se comprueba que el control judicial ampara efectivamente los derechos fundamentales (Raz, 1998). Para quienes estos procedimientos tienen valor intrínseco, por el contrario, la afectación es, de cualquier forma, intensa y por tanto desproporcionada así se cumpla el objetivo de garantizar derechos fundamentales (Ely, 1981; Waldron, 1999, 2010, 2018a). La eficacia del control judicial sería mixta por la falta de certeza de que los tribunales siempre van a tomar las decisiones correctas, opina Waldron, por lo cual, *en abstracto*, no tenemos mayores razones para suscribir un criterio instrumental que nos permita justificar este mecanismo. Las razones relacionadas con el resultado no permitirían fundamentar su necesidad ante la afectación inminente al principio del autogobierno colectivo. Entonces, desde una perspectiva normativa, para quienes adscriben valor intrínseco a los procedimientos democráticos las razones relacionadas con el proceso fundamentan una posición en contra del control judicial (Waldron, 2018a). Diversos tribunales han implementado instrumentos deliberativos en la construcción de sus decisiones y en procesos de rendición de cuentas, no por cálculo político u obsecuencia con los organismos de origen electoral, sino para procurar una adecuada elaboración de la decisión, asegurar al máximo el cumplimiento de las órdenes y contribuir así a la legitimidad de la institución. La construcción de una decisión en un caso difícil, en términos de irradiar un enfoque de derechos sobre una política pública o de erradicar una discriminación proveniente de tradición arraigada, requiere que el tribunal se posicione como un actor institucional relevante en el trabajo conjunto de realizar el fin del Estado, i.e., garantizar los derechos.

La pervivencia del control judicial de constitucionalidad, como advierte Ferreres (2021), depende en gran medida de la aceptabilidad de los resultados. Los argumentos normativos se deben articular con argumentos instrumentales para determinar su legitimidad y conveniencia. En Los Países Bajos y en Suiza no existe control judicial, y nadie lo echa de menos; en Noruega ha sido utilizado de manera excepcional (Langford – Berge, 2019). La conveniencia de dicho mecanismo depende de circunstancias históricas y contextuales, como bien enfatiza Atienza: “No es lo mismo que el juez opere dentro de sociedades bien organizadas, con una institucionalidad jurídica fuerte, en la que existen otras instancias –aparte de la judicial– encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, a que no sea así, y la alternativa a la actuación judicial sea simplemente el desamparo de los individuos en relación a la protección de sus derechos. El caso de la actuación del Tribunal Constitucional de Colombia [reconocimiento del derecho fundamental innominado a la salud] constituye, me parece, un buen ejemplo de esto último: lo que resulta aceptable en un país como Colombia, seguramente no lo habría sido si se tratase de un juez (en algún caso más o menos semejante) de un país como Alemania” (Atienza, 2018).

El control judicial ha permitido mantener articulados los tres subideales que constituyen el ideal del Estado de derecho, a saber, *el imperio de la ley en sentido formal y procedimental*, *el autogobierno democrático*, y *la garantía de los derechos fundamentales* (Moreso, 2020). En esta integración radica la determinación del Estado de derecho como la forma jurídica de la democracia constitucional. “Solo cuando van juntos son capaces de ofrecer, en su recíproca integridad, un horizonte auténticamente valioso” (Moreso, 2020, p. 157). No solo se trata de respetar los aspectos formales y procedimentales del Estado de derecho, y sus principios integrantes, sino de hacerlo en armonía con principios sustantivos como los que representan los derechos fundamentales y el genuino autogobierno colectivo, es decir, aquel que, en procura de alcanzar fines legislativos, no vulnera de forma intensa e injustificada el núcleo esencial de derechos. La facultad de ciertas instituciones del poder público de determinar lo que es el derecho no las exime de la obligación de justificar que las normas que lo integran estén legitimadas en sentido material, toda vez que en el Estado constitucional la validez de los procedimientos resulta, al menos, tan importante como la corrección normativa y la aceptabilidad razonada de los resultados.

Una vez circunstancias sociales o políticas particulares constituyen el plano fáctico que justifica la implementación del control judicial, es una cuestión de diseño institucional y ajuste progresivo, como lo demuestra el caso colombiano, asegurarnos de que la institución funcione para que cumpla los objetivos deseados y evitar así retrocesos

democráticos.⁷ El control judicial no puede resultar demasiado costoso para una democracia en la medida en que, en virtud del principio de la máxima realización de los derechos, se inflija un perjuicio intenso y desproporcionado sobre la regla de la mayoría y el principio del autogobierno colectivo, sin garantizar los derechos en alguna dimensión relevante. En circunstancias de la política como las que caracterizan a las sociedades latinoamericanas el argumento contra el control judicial no puede radicar en que los legisladores tienen incentivos para actuar bien porque en caso contrario, si no legislan a favor del bienestar general o responden y rinden cuentas, no serán reelegidos en sus cargos.

El control judicial puede contribuir, por su naturaleza también participativa y democrática,⁸ a construir la legitimidad que requiere un tribunal constitucional para ejercer debidamente autoridad pública. Los tribunales constitucionales están en una *posición institucional adecuada* para adoptar medidas electoralmente impopulares que involucran la garantía efectiva de los derechos, con lo cual, constituyen un “buen foro”, como dice Dworkin, para realizar estos debates. Por diseño institucional suelen desarrollar sus funciones en un ambiente más librado de las contingencias de la política cotidiana y de la presión de actores privados externos. Con un argumento que representa bien casos de éxito del control judicial en América Latina, Dworkin subraya una característica que distingue al proceso judicial del proceso político (Dworkin, 1985, p. 30). El hecho de que el proceso político sea agregativo en su diseño y con unas agendas muy particulares en su ejecución real, aquí y ahora, pone en mayor riesgo (por puntos ciegos o inercias negativas parlamentarias, o por incentivos perversos), respecto del proceso judicial, el hecho de que cuestiones de principios se subordinen a metas establecidas por leyes y políticas, a la voluntad de las mayorías o de pequeños pero poderosos grupos.

El control judicial representa un proceso que puede marginarse *en algún grado* importante de tormentas mediáticas y discusiones populares que suscitan asuntos controversiales cuando expresiones de la soberanía popular mayoritaria afectan de forma intensa el núcleo esencial de un derecho fundamental. En este sentido muchas veces las demandas de individuos o colectivos por la garantía de un derecho tienen un potencial mayor de satisfacción en sede judicial porque el debate sobre cuestiones de principios requiere un resguardo de la política cotidiana (Dworkin, 2012, 2015a, 2015b; Pettit, 1997, p. 196). Adicionalmente, el fundamento de no todas las decisiones resultado del proceso político tienen una naturaleza o una implicación constitucional directa –más allá del cumplimiento de criterios específicos– mientras que la revisión de la constitucionalidad de una pieza legislativa o política es, por definición, una tarea siempre de naturaleza y con implicaciones constitucionales.

III. Activismo y moderación judiciales ¿filosofías antagónicas?

...y uno no quisiera convertir el activismo en la filosofía rutinaria de la Corte

Arthur Schlesinger (2000, p. 421)

La regla general de la función judicial debe ser la autorrestricción. El margen de configuración legislativa, el principio de conservación del derecho, la fuerte presunción de constitucionalidad de las leyes y políticas, y, en general, la deferencia a la soberanía popular, fundamentan este planteamiento. Casos concretos exigen no obstante un control judicial frente a acciones legislativas o políticas, o decisiones proactivas por la prolongada y denunciada omisión por parte de instancias políticas de intervenir sobre fenómenos que generan violación de derechos. El control judicial se justifica ante leyes u otras normas que vulneran de forma intensa el núcleo esencial de un derecho fundamental, sin otra justificación más que la facultad legislativa de imponer límites y restricciones a los derechos. Se justifica asimismo ante omisiones legislativas relativas que generan violaciones masivas y reiteradas de derechos, por inacción o acción insuficiente.

En estos casos, ejemplificados por la decisión que declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno en Colombia (T-025 de 2004), el tribunal interviene sobre omisiones legislativas relativas, toda vez que existen leyes y decretos en la materia sobre los cuales ejercer control constitucional. En el proceso de formación de políticas públicas las cortes activistas tienen un rol importante que desempeñar: están en una posición institucional importante para construir o fortalecer un *referencial* específico⁹ sobre un problema social que debe configurarse o reconfigurarse como política pública desde un enfoque de derechos. En este sentido, participan también en el “*agendamiento*” político de un problema en la medida en que lo instalan dentro de las prioridades de las agencias estatales. A partir, bien de una construcción deliberativa del fallo, precedido por una audiencia pública, o de las órdenes impartidas y los mecanismos de monitoreo implementados, el tribunal contribuye a *desbloquear, coordinar y reencuadrar* las responsabilidades de distintas agencias gubernamentales en sus respectivas competencias para atender problemas específicos de amparo de libertades fundamentales y de garantía del núcleo esencial de derechos sociales. El activismo o la moderación estarán más o menos justificados de conformidad con tales circunstancias. “Connotan direcciones en el *continuum* entre la pasividad y la hegemonía judiciales. *El movimiento en una dirección particular no tiene peso normativo a menos que*

podamos explicar en ciertos casos por qué ese movimiento ha ido demasiado lejos” (Young, 2002, p. 1163, énfasis añadido). Este *continuum* transcurre desde la total deferencia con la soberanía popular y los organismos elegidos mediante voto popular, hasta las decisiones, más o menos bien inspiradas pero débilmente justificadas, que vulneran entonces la naturaleza autoritativa del derecho.

Identificar como activismo judicial el ejercicio del control judicial al invalidar piezas legislativas o políticas, como se concibe en parte en sus usos en Estados Unidos,¹⁰ ha permeado la conceptualización del activismo judicial en el ámbito hispanohablante. El concepto se utiliza así para criticar a los tribunales cuando invalidan, o modulan una pieza legislativa. Sin embargo, en la actualidad no toda acción en virtud del control judicial constituye una manifestación del activismo judicial. Que un tribunal declare la pérdida de vigencia de una pieza legislativa debido a su intervención severa e injustificada en un derecho fundamental no implica una materialización de la filosofía judicial activista sino el cumplimiento de un deber constitucional y legalmente consagrado.

El activismo judicial es un epifenómeno del fenómeno del control judicial de constitucionalidad sobre las leyes, políticas y prácticas administrativas. Por esta razón el activismo judicial se corresponde solamente con el control judicial proactivo, de naturaleza positiva. Implica estructurar macro-casos, impartir órdenes complejas con remedios y mecanismos de monitoreo de distintas intensidades, así como fundamentar de forma progresiva e incremental la construcción dogmática de las libertades fundamentales y los derechos sociales. En virtud de este tipo de casos se adoptan muchas veces “sentencias estructurales”.¹¹ En este sentido radica la excepcionalidad de la filosofía activista. Como ilustra el epígrafe de Schlesinger, la filosofía de la restricción o moderación debe ser la regla general de la función judicial. El activismo judicial debe tener una orientación remedial; debe surgir en contextos muy específicos, bien estudiados y con una adecuada calibración de las órdenes, los remedios y los mecanismos de monitoreo.

A pesar de que se presentan, desde su misma acuñación, como términos antagónicos, el activismo y la restricción o moderación judiciales no representan dos realidades opuestas o incompatibles del trabajo de un tribunal constitucional al interior de Estados constitucionales. En términos normativos reclamar que un tribunal deba ser activista o moderado implica incurrir en un falso dilema. Es descriptivamente correcto afirmar que los tribunales constitucionales argentino y brasilero, así como el sudafricano –a pesar de alguna literatura que lo hace equivalente a los tribunales indio y colombiano (Bonilla, 2013)– han sido moderados o restringidos frente a la política. En función de lo normativo el activismo y la moderación representan las dos caras de la cabeza de

Jano. Ante los supuestos de racionalidad y constitucionalidad de las leyes y las medidas políticas que se sustentan en juicios razonables, la regla general debe ser la restricción, moderación y deferencia judiciales hacia los organismos con representación popular.

La pregunta central al interior de Estados constitucionales no es si el activismo judicial es conveniente sino cuándo y en qué circunstancias se deben adoptar órdenes complejas, con remedios y mecanismos de monitoreo de distintas intensidades (Stone, 2012). El tribunal debe demostrar que, por regla general, se rige por una filosofía moderada lo cual contribuye a la eficacia de sus fallos en la medida en que sus esfuerzos de destrabe y coordinación ante otros organismos públicos tienen mayores probabilidades de éxito; y es, asimismo, una fuente importante de legitimidad sociológica porque genera la percepción social e institucional de respeto por la democracia. La intervención judicial sobre la ley y la política no debe acontecer *en todos los casos posibles, donde la respuesta constitucional pudiera llegar a ser más óptima que la respuesta legislativa, sino solo en aquellos casos estrictamente necesarios* donde la afectación de un derecho o la omisión legislativa relativa ante un fenómeno que genera violaciones masivas y sistemáticas de derechos, resulta desproporcionada por intervención intensa e injustificada o por protección deficiente.

Siguiendo la refutación de Alexy a Kelsen¹² es claro que el derecho positivo es válido aun cuando es injusto y que la intervención judicial no siempre permite alcanzar la justicia en una sociedad. Los jueces por sí solos no pueden ofrecer garantías plenas a los derechos ni los derechos pueden demandar únicamente protección jurisdiccional toda vez que los derechos son fenómenos complejos cuyo amparo exige garantías políticas, económicas e incluso sociales, y, por tanto, la articulación de distintos organismos estatales. Sin embargo, es claro también que, con frecuencia, contextos y situaciones injustas se reconfiguran para prosperar en nuevos ambientes jurídicos favorables al cambio (Siegel, 1997). En las manifestaciones ciudadanas, muchas veces vehementes, frente a este proceso es donde la integridad del Estado de derecho, concebido sustantivamente en tanto integración de los tres subideales destacados, colisiona con la necesidad de que los ordenamientos constitucionales cuenten con la legitimidad democrática que se desarrolla y conserva en parte fundamental gracias al grado de receptividad o apertura a dichas expresiones mediante canales deliberativos (Post – Siegel, 2013).

Conforme a la justificación democrática y participativa del control judicial que sustenta Lafont (2020, 2023), los tribunales constitucionales, si bien tienen un elevado margen de discrecionalidad para determinar cuándo intervenir, lo hacen siempre a partir de argumentos ya debatidos por otros jueces y tribunales, o –en el caso colombia-

no mediante la acción pública de inconstitucionalidad— presentadas por ciudadanos y colectivos sociales que fundamentan en la reinterpretación de un derecho la solución de ciertos problemas. Las condiciones para la legitimidad de la jurisprudencia constitucional son mínimas, no ideales, en el sentido de su ambición o alcance. El principio de la máxima garantía de los derechos fundamentales debe distinguir entre la justiciabilidad judicial de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. Si bien ambos en tanto principios se deben garantizar en su mayor medida posible, las posibilidades fácticas y jurídicas contextuales imponen que, en sede judicial, *las libertades fundamentales se deban garantizar hasta tanto se demuestre la afectación de libertades opuestas mientras que los derechos sociales se deben garantizar en su núcleo esencial*. Frente a la justiciabilidad de estos derechos, cuya faceta prestacional integra su núcleo esencial —contrario a los derechos de libertad que pueden en casos concretos exhibir o no esa faceta— se podría defender una concepción de “contenido normativo atribuido con intensidad media” pero cuyas órdenes específicas sean de intensidad leve con mecanismos de monitoreo de intensidad variable.

Al legislador le está prohibido *optar* por posiciones absolutas o de *admitirlas* por desatención en casos de omisiones legislativas relativas. Esta tesis respalda la adopción de posiciones morales mínimas por parte de la jurisprudencia constitucional cuando examina, tanto piezas legislativas cuya implementación compromete la garantía de los derechos, como omisiones legislativas relativas que afectan alguna de sus dimensiones por acción insuficiente o inacción. Como indicó la Corte Colombiana en la sentencia que despenalizó el aborto por las tres causales bien conocidas (C-355 de 2006): Si el legislador adopta un régimen prohibitivo, que restringe alguna dimensión de las libertades fundamentales, debe establecer excepciones para reconocer los derechos afectados por el ejercicio de dicha libertad; y si adopta un régimen de libertad debe señalar las condiciones en las cuales dicha libertad debe ceder ante la necesidad de proteger los derechos a los que se opone.

IV. Construcción deliberativa de legitimidad

The Court ought not to be affected by the weather of the day but inevitably it will be affected by the climate of the era

Paul Freund, exprofesor de derecho constitucional en Harvard

La legitimidad democrática que, en algún grado importante, puede generar un tribunal constitucional radica en una confluencia entre los *tipos jurídico, moral y sociológico de legitimidad* (Fallon, 2018), es decir, en respetar la constitución, la ley y los precedentes, y acatar doctrinas, principios o métodos interpretativos aceptados; en fundamentar las decisiones en argumentos provenientes de sólidas teorías morales; y en la aceptación o respaldo, la reputación y el prestigio del tribunal por razones como su independencia, incorruptibilidad y por resolver casos difíciles rechazados u omitidos por la política regular (*responsiveness*).¹³ La legitimidad democrática de los tribunales constitucionales depende en parte importante de que las sentencias surjan no sólo de estrictos razonamientos judiciales sino también de interacciones entre el poder judicial y las otras ramas del poder público, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación y el poder judicial en conjunto.¹⁴ El procedimiento de toma de decisiones judiciales en sede del control constitucional exige incorporar instrumentos como los defendidos desde el constitucionalismo deliberativo.¹⁵ Las disposiciones iusfundamentales no adquieren un contenido normativo legítimo cuando la discusión sobre su interpretación acontece exclusivamente dentro de las cuatro paredes de la sala plena de un tribunal ni a partir del razonamiento solipsista de un juez.

Los tribunales constitucionales desempeñan un rol crucial en la consolidación de la democracia y del progreso social. El cambio constitucional debe en parte fluir desde las estructuras sociales en lugar de ser unilateralmente impuesto desde la sala plena. A nivel local se construyen consensos políticos que luego son amparados judicialmente a nivel constitucional. Con sus decisiones sensibles a la democracia los tribunales muchas veces impulsan a la sociedad hacia un rumbo determinado cumpliendo así la promesa “utópicamente realista” plasmada en el modelo axiológico de las constituciones. La jurisprudencia constitucional, por su cometido transformador, debe forjar la capacidad de reflejar e incorporar las perspectivas constitucionales de diversos organismos democráticos para configurar de manera conjunta el significado del derecho constitucional mediante un diálogo constructivo.

Ninguna de las ramas del poder público, y la judicial no es la excepción, debe ostentar el monopolio de precisar el significado definitivo de la constitución. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no se comunican con organismos políticos y de la sociedad civil, la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de dicha interacción. Los jueces deben interpretar la constitución de manera tal que, respetando el principio de legalidad, el Estado de derecho, el principio de seguridad jurídica y los métodos arraigados para resolver tensiones entre principios, los ciudadanos y colectivos perciban que sus perspectivas democráticas también están siendo consideradas (Post – Siegel, 2013). Las interpretaciones monopólicas de la constitución por parte de los jueces resultan insuficientes para dotar de legitimidad a la construcción del contenido normativo vinculante de los derechos fundamentales. La capacidad de la constitución para hablar por y para los grupos pertenecientes a las sociedades plurales que representan cosmovisiones heterogéneas en aspectos fundamentales, depende en una medida importante de que se mantengan abiertos canales para que dicha comunidad pueda plantear objeciones, propuestas y perspectivas constitucionales.

El ejercicio de un control judicial de constitucionalidad deliberativo y socialmente sensible o receptivo adquiere en el Estado constitucional un rol determinante toda vez que constituye una condición necesaria para constitucionalizar tanto el sistema jurídico como el debate público y político, y propugnar así por la garantía efectiva de los derechos y por la erradicación de distintas formas de discriminación. Si bien toda jurisdicción constitucional así entendida comporta el riesgo de un ejercicio incompatible con la idea de autodeterminación democrática, este riesgo potencial no justifica argumentar *a priori* por su desmantelamiento. La cuestión medular no es que, en abstracto y necesariamente, toda acción de un tribunal constitucional contra una expresión de la soberanía popular adolezca de déficit de credenciales en términos del principio de autogobierno colectivo, sino cuáles son los mecanismos, instrumentos y procedimientos para, resguardando al tribunal de la tormenta política, mantenerlo conectado con otras perspectivas que le permitan ampliar la comprensión de los derechos y ser conscientes de las consecuencias de sus decisiones. De esta forma el control judicial sirve a un propósito genuinamente democrático.

En esta línea los progresistas en Estados Unidos se han tomado recientemente más en serio, respecto de décadas anteriores, la reforma a la conformación y operación de su Corte Suprema. Se han propuesto medidas como eliminar el nombramiento vitalicio

de sus magistrados o retirarle la competencia para ocuparse de la constitucionalidad de ciertas materias legislativas (Doerfler – Moyn, 2021). La Corte debe poder remitir requerimientos al Congreso (*injunction*) para que legisle en un determinado sentido sin que se consideren violaciones a la separación de poderes, como sucede ahora.¹⁶ Chemerinsky propuso reformas como definir con mayor claridad sus funciones, incorporar el mérito como criterio de nominación a magistrado, cambiar el proceso de confirmación en el Senado, incorporar nuevas formas de información y conocimiento públicos de algunas de sus actuaciones, aplicarles a los magistrados las mismas reglas éticas que se aplican a jueces de cortes inferiores, cambiar las políticas de recusación¹⁷ y limitar el mandato de los magistrados para que cada presidente tenga una capacidad similar de injerir en la integración de la Corte (Chemerinsky, 2014b). Al momento de renovar la conformación de la Corte demasiado depende ahora de la suerte y las contingencias.¹⁸

Conviene destacar las principales estrategias que ha implementado la Corte Constitucional Colombiana para desarrollar y conservar legitimidad. La forma convencional en virtud de la cual un tribunal estructura su posicionamiento institucional es por la calidad, suficiencia y rigor de los argumentos que esgrime para sustentar sus posiciones, y, relacionado con ello, de la objetividad e imparcialidad demostrada y percibida en sus decisiones (Véase, Fiss, 1982, 2003). Las decisiones de los tribunales constitucionales no son más que hojas de papel impresas hasta tanto se les atribuya valor. Excepto aquellas decisiones de *control constitucional* cuya validez jurídica no se pone en duda al anular una pieza legislativa, el cumplimiento directo o el impacto indirecto de las decisiones de *control constitucional positivo o activista* requieren muchas veces del prestigio, la imagen positiva y la credibilidad que el tribunal ha cultivado entre la ciudadanía y los organismos políticos. A través de diverso tipo de interacciones públicas, como los canales con actores no judiciales, los tribunales demuestran que son conscientes de este hecho. De otro lado, qué criterios de formación, antecedentes profesionales, producción intelectual, títulos académicos o requisitos específicos deben cumplir los magistrados para acceder y –adicionales a no prevaricar– para permanecer en el cargo; qué entidades deben nominar para suplir las vacantes; quién o quiénes deben realizar el procedimiento de escogencia y con qué tipo de mayorías se debería hacer la elección, por ejemplo.¹⁹ Asimismo, qué políticas de transparencia y rendición de cuentas se podrían implementar: convocar audiencias públicas previas o posteriores al fallo, para, respectivamente, discutir con las partes, los especialistas y otros organismos sobre la materia en cuestión, o para monitorear el cumplimiento de las órdenes impartidas; ¿televisar las

audiencias de sala plena como se hace en Brasil o elegir por voto popular a los magistrados como se propone actualmente en México?

Destaco unos cambios formales y sustantivos que se podrían discutir:

Elevar los requisitos de edad y de experticia jurídica o trayectoria laboral (el paso por la magistratura no debe ser un escalón más en la formación de una carrera profesional sino el paso cercano a su culminación);

Complejizar institucionalmente el proceso de nominación para que no recaiga, por ejemplo, solo en el presidente;

Exigir mayoría calificada por parte del órgano elector, y no solo mayoría simple en la elección de magistrados, para favorecer la formación de consenso e impedir que una pequeña coalición se imponga en la nominación y elección;

Formalizar el deber de consistencia y respeto al precedente. Con ello se responde una de las críticas principales a la decisión judicial activista, como es que la decisión no se atiene al derecho legislativo o jurisprudencial vinculante.²⁰

De otro lado, convendría asimismo discutir, al interior del tribunal constitucional, introducir una *mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad de las piezas legislativas o políticas* examinadas.

Ante la imposibilidad de lograr una mayoría calificada la pieza legislativa impugnada permanecería vigente. Implicaría mayor legitimidad jurídica y sociológica, y según el caso, moral, respecto de decisiones judiciales sensibles y polarizantes que se adoptan muchas veces por un solo voto de diferencia. “Toda ley aprobada se presume válida hasta que se demuestre la violación de la Constitución *más allá de toda duda razonable*” (*Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213, 1827). El diagnóstico de Albert Beveridge, exsenador del Estado de Indiana, podría ser también aplicable a países latinoamericanos con control judicial:

Si cinco magistrados del mismo tribunal, capaces e instruidos, piensan de una forma y cuatro magistrados igualmente capaces e instruidos piensan de una forma totalmente contraria y expresan su disenso con sólidos argumentos, y algunas veces incluso con cálidos sentimientos, *¿no es obvio que la ley en cuestión no infringe de una manera tan evidente la Constitución como para ser declarada inconstitucional “más allá de toda duda”?* (Cit. por Post, 2023).

En Colombia, de otro lado, en virtud del diseño orgánico y, también, de la respuesta institucional al único escándalo de corrupción que la ha azotado,²¹ la Corte ha implementado distintos tipos de mecanismos de comunicación e interacción con la

ciudadanía y organismos del Estado. La Corte modifica prácticas internas y ajusta su Reglamento para procurar mayor transparencia y rendición de cuentas en su proceso de toma de decisiones. Si “El derecho constitucional no descansa sobre una única roca de legitimidad, como muchos parecen suponer, sino sobre arenas movedizas” (Fallon, 2005, p. 1793; 2018), la legitimidad de la institución que debe resguardar su integridad y supremacía no descansa solo en el cumplimiento del deber de proferir sentencias fundadas en derecho y sin dilaciones injustificadas,²² sino también de implementar estrategias de transparencia y comunicación con otros actores judiciales y no judiciales.

Los instrumentos que ha implementado para ampliar sus canales de interacción con la ciudadanía y otros actores, son:

- El derecho político de la acción pública de inconstitucionalidad;²³
- Intervenciones ciudadanas y *Amicus curiae*;
- Audiencias públicas;²⁴
- Comunicación posterior al fallo (Boletines);
- Comunicación de la decisión y ruedas de prensa;
- Difusión en vivo de las salas de selección de tutelas;
- Declaraciones públicas.

Estos instrumentos se difunden a diario por su página web y sus redes sociales. Anuncia los comunicados de prensa, las audiencias públicas y los boletines después de las salas de selección de tutelas; divulga videos cortos e infografías explicativas de casos socialmente sensibles o políticamente relevantes. En 2022 produjo un documental, de casi una hora de duración: *Corte Constitucional. 30 años salvaguardando los derechos fundamentales y la democracia*.²⁵ Ha publicado cartillas pedagógicas para acercar a la ciudadanía, a los usuarios del sistema, a la jurisprudencia constitucional. Entre los temas: derechos fundamentales de los niños, el abecé de la tutela, el derecho de la mujer a vivir libre de violencia, el derecho al ambiente sano y los derechos de los inmigrantes. Asimismo ha publicado las memorias de los encuentros anuales de la jurisdicción que realiza en distintas ciudades del país.²⁶ Entre los invitados a tales encuentros, además de jueces de varios países, se encuentran académicos como Alexy, Elster, Butler, Gargarella, Marmor, Waluchow y Jackson.²⁷

Podría denominarse “simple” el sistema de elección de magistrados donde el presidente nombra, a un candidato o a una terna, y el senado elige; y “complejo” allí donde

intervienen otros organismos del Estado, como en Colombia o Alemania, en los procesos de nominación o elección. El número de variables que intervienen en la elección simplifica o complejiza la conformación del tribunal y, tratándose de un organismo tan importante para la vida institucional de un país, es probable que este proceso redunde en mejores resultados al complejizarlo.²⁸ La unanimidad es una aspiración imposible: “no hay necesidad de insistir en que la unanimidad sobre la solución deseable a un problema de coordinación específico no puede lograrse en la práctica en ninguna comunidad con un bien común complejo y con miembros inteligentes” (Finnis, 2000, p. 262). Es posible en cambio complejizar los mecanismos de nominación, elección y toma de decisiones para lograr mejores consensos, en los organismos nominadores y electores, así como en el propio tribunal, que, en últimas, deriven en la generación y preservación de mayor legitimidad de las decisiones y, por extensión, de la institución como tal.

En razón al diseño institucional, con exclusiones deliberativas que permiten la participación de actores no judiciales, la implementación de instrumentos y un particular tipo de control sobre el cumplimiento de los remedios ordenados, la Corte Constitucional Colombiana ha sido durante largo tiempo la institución con mejor imagen pública y percepción ciudadana, incluso al interior de un desprestigiado poder judicial en conjunto. A pesar de polémicas suscitadas por algunos fallos ha mantenido una singularmente alta legitimidad durante gran parte de su existencia. Las prácticas institucionales de apertura dialógica e interacción con organismos de la sociedad civil, así como la consistencia de su jurisprudencia, sin variaciones significativas, en términos de la garantía a las libertades fundamentales y los derechos sociales, han contribuido a la recuperación progresiva de su prestigio institucional.

En efecto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha mantenido tendencias jurisprudenciales sólidas. La Corte desde su origen ha fallado dentro de un rango consistente y estable sin extremos de “bipolaridad ideológica”. No ha tenido un *Dobbs* respecto de un *Roe*; un *Lawrence* frente a un *Bowers*; o un *Citizens United* respecto de un *Austin*, por ejemplo. En virtud de la filosofía judicial activista respetuosa de la legitimidad jurídica, los jueces no solo son conscientes del mandato sino también de los límites que imponen los derechos fundamentales, lo cual ha sido uno de los factores más importantes en el proceso deliberativo de construir y conservar legitimidad por parte del Tribunal.

V. A manera de conclusión. La tensión entre los principios de autogobierno colectivo y de protección de los derechos en el Estado constitucional

El ideal de la política es satisfacer el principio de autogobierno colectivo. No hay otro fundamento y razón de ser de la democracia como forma de gobierno que garantizarlo en su mayor medida posible. Este principio justifica la existencia de las instituciones que crean las normas vinculantes que deben reflejar de forma adecuada perspectivas generales sobre el tipo y la extensión de los derechos que consagra la constitución. El tribunal constitucional tiene el deber de declarar la invalidez de piezas legislativas o políticas cuyos medios resultan ineficaces para alcanzar el fin constitucional planteado, son innecesarios por la existencia de medios alternativos menos lesivos o desproporcionados por la importancia escasa del fin respecto de la grave intervención sobre otros principios o bienes constitucionales afectados.

El mayoritarismo no tiene fuerza moral incondicionada. En la ponderación entre el principio del autogobierno colectivo y el principio de la máxima garantía de los derechos fundamentales, ante el caso difícil que surge por una pieza legislativa o política que interviene sobre el núcleo esencial de un derecho fundamental, algunas veces prima el primero, pero otras veces, cuando la intervención se demuestra severa y desproporcionada, el segundo. Para legitimar el control constitucional en su dimensión negativa o reactiva se debe demostrar la intensidad de la intervención, al establecer como alta la importancia de la satisfacción de los derechos, lo cual constituye la fundamentación que exige la ponderación en casos difíciles que implican decidir en contra de la voluntad popular mayoritaria. El principio de autogobierno colectivo está amparado por la regla de la mayoría, es decir, por el conjunto de criterios, normas técnicas y procedimentales, consagradas en las leyes o decretos de funcionamiento de los parlamentos, que procuran validar y legitimar la expresión de la soberanía popular.

De otro lado, el principio de protección de libertades fundamentales y de máxima garantía de los derechos, incluidos los sociales, es un elemento fundamental del modelo de Estado constitucional que, en ocasiones, debe primar. Ahora bien, en el Estado constitucional y dentro del paradigma teórico de la democracia constitucional no hay principios absolutos (Robertson, 2010) en el sentido de que no admitan o justifiquen excepciones en ninguna circunstancia (Greer, 2015). Excepto las normas constitucionales respecto de las leyes no existen normas que adquieran precedencia sobre las demás en todos los casos. En sociedades plurales se presentan casos que implican de forma necesaria conflictos entre normas constitucionales iusfundamentales, es decir aquellas que atribuyen derechos, que exigen ponderar o armonizar el grado de aplicación de uno

en relación paretiana al grado de repliegue del otro.²⁹ Estos casos pueden acontecer por conflictos típicos de la vida en comunidad o por conflictos normativos entre disposiciones constitucionales, legales y administrativas.

El *dictum* waldroniano es, entonces, cierto *prima facie* pero derrotable: los desacuerdos justos hacen que el derecho deba ser el resultado de un acuerdo conversado entre iguales y, en este sentido, los profundos desacuerdos sobre lo que más nos importa (cuáles son nuestros derechos y cuál es su contenido normativo vinculante) los debemos resolver entre todos; *excepto* en aquellos casos donde expresiones de la soberanía popular vulneran de manera severa y desproporcionada el núcleo esencial de derechos fundamentales, tanto en su dimensión de abstención como, respecto de la prohibición de regresividad, prestacional. Si se pudiera contar de manera incondicional con las mayorías para proteger los derechos fundamentales no serían necesarios catálogos constitucionales que los reconocieran, tribunales que los garantizaran y mecanismos procesales que lo permitieran. La constitución es, por definición y en esencia un documento normativo, y por tanto permite adoptar decisiones contramayoritarias en la medida en que los derechos que consagra protegen los derechos fundamentales “aunque muchos no quieran reconocerlos” (Stone, 2013).

Resultaría irreconocible un sistema democrático sin garantía a los derechos fundamentales. Sería ideal que ninguna ley y ninguna política nunca afectaran injusta o desproporcionadamente un derecho fundamental pero la realidad es que ello sucede, bien porque se profieren leyes o medidas de política, o subsisten prácticas administrativas, que vulneran flagrantemente alguna dimensión esencial de un derecho, o bien porque leyes y políticas no cumplen eficazmente sus objetivos expresamente planteados en términos de la realización del goce efectivo de los derechos. En casos de omisiones legislativas relativas existen normas que procuran regular un supuesto de hecho pero, por problemas de naturaleza normativa, coordinación y gestión institucionales, carecen de un enfoque de derechos o no logran su goce efectivo.

Los tribunales no excluyen ni sustituyen al legislador, como se suele criticar, cuando el mismo legislador advertida o inadvertidamente declina ejercer sus funciones e incumple sus obligaciones legales y constitucionales. En el sentido de la regla general de la deferencia al legislativo,³⁰ ligada a la presunción de constitucionalidad, no hay razones definitivas para rechazar del todo ni para defender siempre el control judicial. Leyes que afectan el núcleo esencial de derechos fundamentales u omisiones legislativas reiteradas, y respecto de las cuales median muchas veces exhortos durante años, hacen que en determinados contextos y en situaciones concretas el poder judicial deba asumir un

rol protagónico respecto de las otras ramas del poder público. La intervención remedial, y en este sentido deferente, pero además moderada en sus órdenes y mecanismos de monitoreo, puede incrementar, ante la evidencia de inercias negativas en el proceso político, la legitimidad del sistema político al crear algún nivel de respuesta a preocupaciones sociales permanentes y extendidas.

En este trabajo no se sustenta una posición normativa *a priori* o a-contextual a favor del activismo o de la moderación judiciales. No puede ser sino contextual la justificación de la existencia, naturaleza y grado de extensión del control judicial sobre leyes, políticas y prácticas administrativas que vulneran derechos por acción, acción insuficiente o inacción, toda vez que depende de la cultura jurídica y de la calidad del sistema político de la sociedad de donde surge y a cuyos problemas deba responder. Si bien razones normativas permiten justificar el control judicial, el planteamiento de Waldron (2018a) es acertado en que *su diseño e implementación debe responder a patologías y problemáticas de sociedades determinadas*. La concepción e implementación del control judicial depende de cuestiones fácticas que no pueden abordarse de forma estándar, uniforme o contextualmente independiente. Factores sociales, culturales, económicos y políticos de cada país otorgan elementos de juicio para defender una versión fuerte o débil del control, o su obsolescencia.³¹

La imposibilidad del control judicial de incorporar alguna versión o algún grado de legitimidad radica, a juicio de Waldron, en la falta de representatividad formal de los jueces y en la ausencia de mecanismos de control y rendición de cuentas por parte del pueblo. Por esa razón, a pesar de reconocer que los jueces pueden ser más objetivos, reflexivos y comprometidos con los valores constitucionales, señala que carecer de credenciales electorales (del todo o directas) les impide construir el contenido normativo definitivo y vinculante de los derechos, extender interpretativamente dicho contenido hacia otras realidades no contempladas en las disposiciones o crear nuevos derechos a partir de una interpretación sistemática de la constitución (Waldron, 2018a). El supuesto de que la contribución de un *desarrollo judicial* de la constitución incurriría de manera necesaria en afectaciones severas del sistema político no se compensa sin más con la confianza en el *desarrollo legislativo* de la constitución.

El control judicial fuerte, de naturaleza positiva-proactiva, es decir, el activismo judicial, ha probado ser fundamental en Colombia entre otros países de América Latina (Langford, 2008; Gauri – Brinks, 2008; Brinks – Blass, 2018) para contribuir a solucionar problemas mediante remedios y mecanismos de monitoreo. Considero difícil prescindir de la idea de que, en democracias que se despliegan en condiciones sociales

y políticas poco favorables el control judicial de constitucionalidad debe ser una de las alternativas institucionales admisibles para procurar la garantía de los derechos fundamentales. No debería excluirse la posibilidad de la intervención judicial efectiva ante la violación directa de derechos por las mayorías o por la falta de ejecución de planes o políticas que implican que numerosos individuos o colectivos ven desamparados reclamos legítimos y urgentes. Un adecuado proceso de selección de magistrados; unas prácticas de sala plena que garanticen decisiones consensuadas; unas prácticas deliberativas diversas –lo más amplias y consistentes posibles– en términos de comunicación de fallos y de audiencias previas, para convocar a diversos actores en la confección de la decisión, o posteriores, para controlar las medidas adoptadas e implementadas por los organismos del Estado; y la implementación de mecanismos de rendición de cuentas; se cuentan entre las estrategias que aún están por adoptarse en los países de la región y cuyos rendimientos positivos lo demuestran 30 años de experimentalismo judicial en Colombia.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert, 2015: “Human Dignity and Proportionality Analysis”. *Espaço Jurídico. Journal of Law*, vol. 16, no. 1.
- Atienza, Manuel, 2018: “Siete tesis sobre el activismo judicial”. Conferencia impartida en la inauguración del capítulo Colombia de ICON-S. Bogotá, sept., recogida en: www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial (5.12.22).
- Bayón, Juan Carlos. 2011: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta.
- Bonilla, Daniel (ed.), 2013: *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Brinks, Daniel – Blass, Abby, 2018: *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Chemerinsky, Erwin, 2014a: *The Case Against the Supreme Court*. Nueva York, Viking Books.
- Chemerinsky, Erwin, 2014b: “How to Fix the Supreme Court: Lessons from A Disenchanted Legal Scholar”. Entrevista por Sahil Kapur para: *Talking Points Memo*

- (TPM). Oct. 13. <https://talkingpointsmemo.com/dc/erwin-chemerinsky-how-to-fix-the-supreme-court> (29.1.23).
- Corporación Excelencia en la justicia, (2018). *Partitura para una reforma al sistema de justicia*, sept. <https://cej.org.co/wp-content/uploads/2022/09/Partitura-Reforma-a-la-Justicia-CEJ.pdf> (3.11.21).
- Cray, Ed, 1997: *Chief Justice: A Biography of Earl Warren*. Nueva York, Simon & Schuster.
- Crawford, Colin – Bonilla, Daniel (eds.), 2018: *Constitutionalism in the Americas*. Edward Elgar.
- Dixon, Rosalind, 2023: *Responsive Judicial Review*. Oxford, Oxford University Press.
- Doerfler, Ryan – Moyn, Samuel, 2021: “Democratizing the Supreme Court”. *California Law Review*, vol. 109, no. 5.
- Dworkin, Ronald, 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1996: *Freedom’s Law*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 2012: *Una cuestión de principios* (Victoria de los Ángeles, trad.). Buenos Aires, Siglo XXI.
- _____, 2015a: “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en *Derechos, libertades y jueces* (Leonardo García Jaramillo – Miguel Carbonell, eds.). Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- _____, 2015b: “La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria”, en *Derechos, libertades y jueces* (Leonardo García Jaramillo – Miguel Carbonell, eds.). Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- Eisgruber, Christopher L., 2001: *Constitutional Self-Government*. Cambridge, Harvard University Press.
- Fallon, Richard H., 2005: “Legitimacy and the Constitution”. *Harvard Law Review*, vol. 118, no. 6.
- _____. 2018: *Law and Legitimacy in the Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press.
- Ferreres, Víctor, 2021: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ra ed.

- Finnis, John, 2000: *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Fiss, Owen, 1982: “Objectivity and Interpretation”. *Stanford Law Review*, vol. 34, no. 4.
- _____, 2003: *The Law as It Could Be*. Nueva York, New York University Press.
- Gargarella, Roberto, 1986: *La justicia frente al gobierno*. Barcelona, Ariel.
- _____, 2021: «Control judicial: “Parece un insulto”», en *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- _____, 2022a: Presentación de su libro *El derecho como una conversación entre iguales* en un seminario en conmemoración de los 30 años de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado, Bogotá, abril 21 de. www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=657857328625576 (21.4.22).
- _____, 2022b: “Entrevista por Constantino Seguetti y Donatella Zallocco”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 23, no., 1 (dic.).
- Gauri, Varun – Brinks, Daniel (eds.), 2008: *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Giuffré, C. Ignacio, 2023: “El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como salida”. *Revista de Derecho Político*, no. 118.
- Greer, Steven, 2015: “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”. *Human Rights Law Review*, vol. 15, no. 1 (marzo).
- Gutiérrez, Andrés, 2018: *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart Ely, John, 1981: *Democracy and Distrust*. Cambridge, Harvard University Press.
- Henao, Juan Carlos (ed.), 2013: *Diálogos constitucionales con el mundo*. Bogotá, Universidad Externado – Corte Constitucional.
- Kelsen, Hans, 1982: *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ.
- Landau, David, 2010: “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”. *Harvard International Law Journal*, vol. 51, no. 2.

- Lafont, Cristina, 2020: *Democracy without Shortcuts*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2023: “Defendiendo la democracia como diálogo inclusivo sin atajos. Algunas respuestas a mis críticos”. *Derecho del Estado*, no. 55 (mayo – agosto).
- Langford, Malcolm (ed.), 2008: *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, Berge, Beate Kathrine, 2019: “Norway’s Constitution in a Comparative Perspective”. *Oslo Law Review*, vol. 6, no. 3.
- Liptak, Adam, 2013: “Court Is ‘One of Most Activist,’ Ginsburg Says, Vowing to Stay”. *The New York Times*, agosto 24.
- Mazzarese, Tecla, 2019: “La justicia del derecho según el constitucionalismo (internacional frente a una pregunta desorientadora”. *Isonomía*, no. 51.
- Moreso, Josep Joan, 2000: “Derechos y justicia procesal imperfecta”. *Discusiones*, vol. 1, no. 1.
- _____, 2020: *Lo normativo. Variedades y variaciones*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pettit, Philip, 1997: *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford, Clarendon Press.
- Post, Robert, 2023: *The Taft Court: The Ambivalent Construction of the Modern State, 1921-1930*. Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States, Vol. X. Cito de la versión inédita facilitada amablemente por el autor.
- _____, Siegel, Reva, 2013: *Constitucionalismo democrático*. Edición académica y traducción de Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Raz, Joseph, 1998: “Disagreement in Politics”. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, no. 1.
- Ríos Figueroa, Julio, 2019: *El buen juez por su casa empieza. La necesaria autoreforma del Poder Judicial de la Federación*. Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (https://drive.google.com/file/d/1KC-e4LLVS-VBtGZaQl3So_ntF0T-K7nix/view). (3.11.21).
- Robertson, David, 2010: “Tests of Unconstitutionality and Discrimination”, en *The Judge as Political Theorist*. New Jersey, Princeton University Press.

- Rodríguez, César, 2011: "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America". *Texas Law Review*, vol. 89, no. 7.
- _____, Rodríguez, Diana, 2010: *Cortes y cambio social*. Bogotá, DeJusticia.
- Sager, Lawrence, 2004: *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven, Yale University Press.
- Schlesinger, Arthur, 2000: *A Life in the Twentieth Century: Innocent Beginnings, 1917-1950*. Nueva York, Houghton Mifflin.
- Siegel, Reva, 1997: "Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action". *49 Stanford Law Review* 1111.
- Stone, Geoffrey R., 2012: "When is judicial activism appropriate?". *The Chicago Tribune*, abril 13. www.chicagotribune.com/opinion/ct-xpm-2012-04-13-ct-perspec-0413-restraint-20120413-story.html (29.8.22).
- _____, 2013: "Justice Ginsburg, "Roe v. Wade" and Same-Sex Marriage". *HuffPost. The Blog*. mayo 12 (https://www.huffpost.com/entry/justice-ginsburg-roe-v-wa_b_3264307). (9.11.22).
- Surel, Yves, 2000: "The role of cognitive and normative frames in policy-making". *Journal of European Public Policy*, vol. 7, no. 4.
- Tushnet, Mark, 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press.
- _____, 2003: "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, vol. 101, no. 8.
- _____, 2008: *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey, Princeton University Press.
- Viehweg, Theodor, 1964: *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid, Taurus.
- Waldron, Jeremy, 1999: *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, 2010: *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*. Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2018a: "La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad". Traducción de Leonardo García Jaramillo, en: *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires, Siglo XXI.

_____, 2018b: “Control de constitucionalidad y legitimidad”. Traducción de Vicente F. Benítez y Santiago García. *Dikaion*, vol. 27, no. 1.

_____, 2022: *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, manuscrito presentado en el *NYU Summer Workshop*, junio 22.

_____, 2023: “The Crisis of Judicial Review”. *H.L.A. Hart Memorial Lecture 2023*. Oxford University, mayo 25. Disponible en: www.univ.ox.ac.uk/news/hla-hart-memorial-lecture-2023/.

Waluchow, Will, 2007: “Judicial Review”. *Philosophy Compass*, vol. 2, no. 2.

Young, Ernest A., 2002: “Judicial Activism and Conservative Politics”. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, no. 4.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia: SU-225 de 1998, T-025 de 2004, C-355 de 2006, C-816 de 2011, SU-214 de 2016, C-233 de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Febrero 24 de 2011. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Noviembre 2 de 2021.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213, 1827.

Agradecimientos

Agradezco a los dos árbitros anónimos por sus rigurosos conceptos sobre la primera versión de este trabajo, el cual proviene de un apartado de un capítulo de mi tesis, defendida en la Universidad Pompeu Fabra en febrero de 2024. Agradezco también a mis directores, J.J. Moreso y P. Chiassoni por su formativo acompañamiento durante este proceso, y a los miembros del tribunal, M. Atienza, C. Lafont y J.C. Bayón, por sus observaciones –que espero haber sabido incorporar en este artículo.

Notas

- 1 Las referencias “C”, “T” y “SU” se refieren a sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.
- 2 Como afirma Waldron que sucede en los países donde se defiende el control judicial.

“And yet the rhetoric of popular engagement with judicial review retains the logic of demonization”. Cfr.: (Waldron, 2023, p. 17).

- 3 “Puntos ciegos democráticos” en la adopción de legislación que beneficie a sectores determinados de la población, y “cargas de inercia democráticas” que bloquean y dilatan de forma injustificada las demandas por cambios constitucionales que impacten en la sociedad. Cfr.: (Dixon, 2023).
- 4 O en países desarrollados que han atravesado periodos singularmente deficitarios en términos de la garantía a derechos y las libertades fundamentales. Cfr., por ejemplo, (Cray, 1997, en particular, partes III y IV). Aparecerá próximamente, autoría de Laura Kalman (Departamento de Historia, Universidad de California en Santa Barbara) el vol. XIII de la *History of the Supreme Court of the United States (Oliver Wendell Holmes Devise)* dedicado a la Corte Warren, que será el *estudio monográfico más amplio y detallado sobre este periodo de la Corte Suprema Estadounidense*.
- 5 El control judicial, en virtud de su implementación en países en desarrollo, ha adquirido una dimensión adicional a la anulación de piezas legislativas o políticas por vulnerar de manera injustificada algún elemento medular de la constitución, típicamente, los derechos fundamentales. Una dimensión proactiva o activista se ha materializado en decisiones que imparten órdenes complejas, con remedios y mecanismos de monitoreo de distintas intensidades, para responder a violaciones masivas y reiteradas de derechos. Los tribunales constitucionales participan así en el desarrollo de la densidad normativa material de la constitución y en la constitucionalización del ordenamiento jurídico.
- 6 Entre los autores más representativos de ambas posturas, se encuentran, de un lado: (Waldron, 2018a; Tushnet, 1999, 2008; Bayón, 2011; Gargarella, 1996, 2021). Y, de otro lado, (Dworkin, 1996; Eisgruber, 2001; Sager, 2004; Waluchow, 2007 y Moreso, 2020).
- 7 La “dificultad contramayoritaria”, por señalar un argumento habitual contra el control judicial, surge en, y para, el contexto estadounidense de *mayor estabilidad democrática e institucional* para objetar el activismo de una Corte Suprema con *magistrados vitalicios*, cuya *Constitución es virtualmente imposible de modificar* y con un sistema federal de administración de justicia que posee *cortes supremas estatales y tribunales distritales de apelación*, por lo cual es excepcional que los casos lleguen a conocimiento de la Corte, que falla apenas cerca de 100 por año. En virtud de este particular diseño institucional un tribunal es más probable que detente la última palabra durante décadas, respecto de países donde el procedimiento de reforma constitucional no es particularmente rígido y

donde periódicamente el congreso tiene ocasión de desarrollar un debate democrático al elegir nuevos magistrados, no reelectos y no vitalicios.

- 8 El control judicial, desde la justificación democrática y participativa que sustenta Lafont, constituye un canal institucional con una capacidad estimable para empoderar a individuos y colectivos sociales minoritarios, peor situados en el proceso representativo, para denunciar la desatención de los organismos estatales, visibilizar un problema y agendarlo políticamente, explicar dónde radica una injusticia o contribuir a interpretar un derecho y, así, para que minorías puedan también generar empatía entre sus conciudadanos y, en palabras de Lafont, ganarse su corazón y sus mentes sobre la base de razones y no de números como los que representan los votos. El control judicial tiene una importante, y ya probada, dimensión como mecanismo de participación política y control democrático para contrarrestar la tiranía o la inacción de las mayorías. Véase (Lafont, 2020, Parte III). Para análisis de casos donde el control judicial ha sido un instrumento efectivo de participación política y control democrático, cfr.: (Landau, 2010; Crawford – Bonilla, 2018). Antes de que la Corte Constitucional Colombiana se ocupara del desplazamiento forzado interno, por ejemplo, a pesar de registrar la mayor cifra de desplazados internos del hemisferio occidental, y la segunda del mundo después de Sudán, este problema no ocupaba prioridad alguna en la agenda política. Véase (T-025 de 2004; Rodríguez – Rodríguez, 2010).
- 9 Dentro del análisis cognitivo de las políticas públicas, de raigambre francés, el concepto “referencial” explica que las intervenciones de organismos estatales sobre un problema social concreto no solo tienen objetivos en términos de su solución mediante medidas de política pública, sino que además comportan una *representación* particular de la realidad respectiva, la cual contiene una serie de prescripciones que le dan sentido y que son esenciales entonces para solucionarlo. Para Surel (2000, p. 495) el referencial es una matriz cognitiva y normativa que describe la sociedad tal como es y prescribe las medidas que deben aplicarse para su transformación conforme a fines u objetivos como aquellos representados por el goce efectivo de los derechos.
- 10 Ruth Bader Ginsburg sostenía, por ejemplo, que la Corte Roberts es una de las más “activistas” de la historia por la cantidad de normas declaradas contrarias a la Constitución. Cfr.: (Liptak, 2013).
- 11 Este tipo de sentencias procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos fundamentales. Se caracterizan por: el gran número de personas cuyos derechos

son objeto de protección; el bloqueo institucional que precede la situación de vulneración de derechos de manera masiva, reiterada y sin atisbo de mejoría. Involucran entonces a múltiples agencias gubernamentales debido a la complejidad de las órdenes impartidas y la posterior promulgación de autos con órdenes puntuales para propender por el cumplimiento de las órdenes complejas. Además, muchas veces, el “resuelve” de la sentencia no pone fin al caso sino que abre un proceso deliberativo entre el tribunal, los actores, diversos organismos del Estado y especialistas para evaluar el proceso de cumplimiento de las órdenes y realizar ajustes progresivos. Véase (Gutiérrez, 2018). Las decisiones estructurales integran de manera destacada una tendencia emergente en el sur global y en América Latina en particular (Rodríguez Garavito, 2011).

- 12 Para Kelsen “cualquier contenido puede ser derecho” y “De acuerdo con el derecho de los Estados totalitarios, el Gobierno está facultado para confinar a campos a personas en razón a sus convicciones, religión o raza y forzarlas a llevar a cabo cualquier tipo de trabajo, a pesar de que ello pueda provocarles la muerte”. Cfr.: (Kelsen, 1982, pp. 205 y 54).
- 13 Este planteamiento se opone a la posición, propia del Positivismo normativo, que defiende Gargarella. A su juicio: “*¿Dice algo la constitución sobre la eutanasia?: no; establece un procedimiento para que pensemos de manera colectiva cómo responder ese problema. ¿Dice algo sobre el aborto?: no; establece un procedimiento para que salgamos a buscar una respuesta común sobre ese problema*” (Gargarella, 2022a, desde 1:30:51). Aunque las normas que consagran la igualdad o la dignidad no tienen un carácter procedimental prioritario son, a su juicio, procedimentales. “*Yo hago una lectura procedimentalista de los derechos constitucionales básicos, como la libertad de expresión, de asociación, la igualdad ante la ley*” (Gargarella, 2022b).
- 14 Para análisis de casos donde se han implementado mecanismos e instrumentos deliberativos en la construcción de la decisión judicial, véase, (Rodríguez – Rodríguez, 2010; Langford, 2008; Bonilla, 2013).
- 15 Giuffré argumenta que el constitucionalismo deliberativo modera las objeciones a la jurisdicción constitucional desde el compromiso con los estándares de la democracia deliberativa. Cfr.: (Giuffré, 2023).
- 16 Agradezco aquí a Daniel Halberstam, profesor de la *Masterclass* de 2023 en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Heidelberg, abril 24 a 27 de 2023.

- 17 Para un detalle de estas medidas, véase: (Chemerinsky, 2014a).
- 18 Nixon nominó a cuatro magistrados en un solo período presidencial, los mismos que nominó Eisenhower en dos períodos; Carter no tuvo ninguna vacante en su único periodo como presidente, mientras que en los mismos cuatro años Trump nominó a tres magistrados; Clinton y Obama nominaron cada uno a dos magistrados en sus dos periodos. Fuente: https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx (1.12.22).
- 19 Para un ejemplo desde el caso mexicano, cfr.: (Ríos Figueroa, 2019). Para el caso colombiano, por ejemplo (Corporación Excelencia en la Justicia, 2018).
- 20 En Colombia la Corte Constitucional ha desarrollado esta tarea por vía de su propia jurisprudencia, y ha sido consistente con su aplicación, mientras que el Consejo de Estado reguló la vinculatoriedad del precedente administrativo mediante la reforma al Código Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011). La sentencia C-816 de 2011 declaró conforme a la Constitución el artículo 102 de dicha ley pero enfatizó que se deben atender con carácter preferente los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.
- 21 Dicho escándalo consistió en la denuncia por parte del magistrado Mauricio González a su colega, Jorge Pretelt, ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara (feb. de 2015) por exigir dinero como contraprestación para adoptar una decisión favorable a una de las partes involucradas en un proceso. La Cámara acusa al entonces magistrado ante el Senado (dic. de 2015), el cual lo suspende (ago. de 2016). Nunca se había conducido un juicio político que derivara en pérdida de investidura de un funcionario. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia lo condenó a seis años y medio de prisión por el delito de concusión, y luego confirmó la sentencia y ordenó su captura (mayo de 2023).
- 22 El Tribunal Constitucional Español se tardó 13 años en resolver un recurso del Partido Popular en contra de la ley de 2010, “de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo”, que reconoce ese derecho de manera libre durante las primeras 14 semanas de gestación. El Tribunal (7/4) avaló la ley.
- 23 Dicha acción, ha reiterado la jurisprudencia, es expresión del derecho de participación en una democracia y constituye un instrumento de control sobre el poder de configuración normativa que radica, sobre todo, en el legislador. Cfr.: (C-233 de 2021).
- 24 La Corte realiza audiencias públicas en procesos de revisión de constitucionalidad y, en menor medida, en de revisión de tutelas con antelación al fallo, es decir, no en sede de

verificación del cumplimiento de los remedios ordenados. Entre los temas en los que ha realizado este segundo tipo de audiencias, se destacan aquellas sobre temas técnicos (minería ilegal, terrenos baldíos) o sobre temas moralmente sensibles (matrimonio igualitario, libertad de expresión en redes sociales y el polémico Habeas corpus a un oso que ordenó una sala de la Corte Suprema de Justicia).

- 25 www.youtube.com/watch?v=3-8ciBWul5E&ab_channel=CorteConstitucional
- 26 Véase, por ejemplo, la convocatoria y el programa del encuentro de 2022. www.corte-constitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/ProgramaXVII-Encuentro-2022.pdf
- 27 De las antologías de estos encuentros se destaca la obra colectiva (Henaó, 2013).
- 28 Respecto del órgano que elige, luego de conocida la nominación, las alternativas serían cuatro, a saber, mayorías (1) *simple o relativa*: mitad más uno de los miembros presentes, (2) *absoluta*: mitad más uno de la totalidad de miembros que componen el ente, (3) *cualificada*: dos tercios o tres quintos de los miembros presentes, y (4) *cualificada absoluta*: dos tercios o tres quintos de la totalidad de miembros.
- 29 Si se diera un caso de precedencia absoluta sería irrelevante la ponderación como subprincipio de la proporcionalidad en sentido lato. La dignidad humana ha suscitado discusión a este respecto. Sobre las concepciones absoluta y relativa de su estructura normativa, véase, (Alexy, 2015). Sustenta que, por su naturaleza de principio, la concepción de la garantía relativa es la correcta y que, por ello, requiere la ponderación. Si la garantía fuera absoluta su naturaleza sería de regla y consagraría un mandato definitivo. Existen, sin embargo, buenos argumentos, ligados a las características de la dignidad, que defienden su naturaleza absoluta, sobre todo, la devaluación de su garantía que podría implicar defender la concepción relativa. La dignidad como principio estructura su naturaleza definitiva, incluso como fin último y mayor valor del sistema jurídico, al interpretarse sistemáticamente con otras normas del sistema. Así se determina aquello que requiere en casos concretos. La ponderación es un método idóneo para concretar la nueva norma como se exige en los casos difíciles.
- 30 El juez deferente debe ser sensible a la ponderación que, previamente a la suya, realizó el legislador y debe ceñirse a ella en la aplicación del derecho. Cfr.: (Moreso, 2000).
- 31 Conforme a la *versión fuerte* un tribunal tiene la facultad de determinar que alguna pieza legislativa o política debe invalidarse porque resulta incompatible con la constitución en

la medida en que su aplicación no se ajusta a los derechos individuales. En contraste, según la *versión débil*, la decisión judicial contraria a una pieza legislativa no debe generar efectos vinculantes frente a su pérdida de validez jurídica. Un tribunal advierte sobre su inconstitucionalidad pero al parlamento o al gobierno corresponde adoptar las decisiones respectivas. El parlamento conserva así su capacidad de operación y mantiene su competencia de modificar las normas cuya constitucionalidad se ha impugnado. Véase, (Tushnet, 2003; Waldron, 2018b, 2022).

Recepción: 17 diciembre 2023

Revisión: 6 marzo 2024

Aceptación: 13 marzo 2024