

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/353303037>

¿No(s) representan los jueces constitucionales?

Chapter · July 2021

CITATIONS

0

READS

78

1 author:



[Jorge Ernesto Roa Roa](#)

Pompeu Fabra University

96 PUBLICATIONS 225 CITATIONS

SEE PROFILE

DEMOCRACIA, REPRESENTACIÓN
Y NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN
UNA MIRADA EN PROSPECTIVA

CAROLINA
RICO MARULANDA
CÉSAR MAURICIO
VALLEJO SERNA
PEDRO PABLO
VANEGAS GIL
HÉCTOR
VARGAS VACA
EDITORES

DEMOCRACIA,
REPRESENTACIÓN Y NUEVAS
FORMAS DE PARTICIPACIÓN
UNA MIRADA EN PROSPECTIVA

XXI JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO EN TRANSFORMACIÓN.
PROSPECTIVA 2030

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Jornadas de Derecho Constitucional

Democracia, representación y nuevas formas de participación : una mirada en prospectiva. XXI Jornadas de Derecho Constitucional. Constitucionalismo en transformación. Prospectiva 2030 / editores Carolina Rico Marulanda, César Mauricio Vallejo Serna, Pedro Pablo Vanegas Gil, Héctor Vargas Vaca. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

305 páginas : ilustraciones, mapas, gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587906219

1. Democracia - Aspectos constitucionales - Congresos, conferencias, etc. - 2. Participación ciudadana - Aspectos constitucionales - Congresos, conferencias, etc. 3. Movimientos de protesta - Aspectos constitucionales - Congresos, conferencias, etc. - 4. Desarrollo sostenible - Aspectos constitucionales - Congresos, conferencias, etc. - 5. Jueces - Aspectos constitucionales - Congresos, conferencias, etc. I. Rico Marulanda, Carolina, editora II. Vallejo Serna, César Mauricio, editor III. Vanegas Gil, Pedro Pablo, editor, IV. Vargas Vaca, Héctor, editor V. Universidad Externado de Colombia V. Título VI. Serie

321.8

SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia MRJ

junio de 2021

ISBN 978-958-790-621-9

© 2021, CAROLINA RICO MARULANDA, CÉSAR MAURICIO VALLEJO SERNA,
PEDRO PABLO VANEGAS GIL Y HÉCTOR VARGAS VACA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2021

Imagen de cubierta: José Luis Cote

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

FELIPE PAREDES	CÉSAR MAURICIO VALLEJO SERNA
CAROLINA RICO MARULANDA	PEDRO PABLO VANEGAS GIL
JORGE ERNESTO ROA ROA	HÉCTOR VARGAS VACA
CAMILO EDUARDO UMAÑA HERNÁNDEZ	HÉCTOR WIESNER LEÓN

CONTENIDO

CAPÍTULO PRELIMINAR

Democracia, representación y nuevas formas
de participación. una mirada en prospectiva

Carolina Rico Marulanda

César Mauricio Vallejo Serna

Pedro Pablo Vanegas Gil

Héctor Vargas Vaca

11

CAPÍTULO I

La erosión de las democracias liberales del siglo XXI.

Una perspectiva latinoamericana

Héctor Wiesner León

23

CAPÍTULO II

Entre el mandato representativo y el mandato del partido:
en últimas, ¿de quién es la curul? Una aproximación
en el derecho constitucional colombiano

Pedro Pablo Vanegas Gil

61

CAPÍTULO III

Democracia, representación y sorteo: un análisis conceptual

Felipe Paredes

113

CAPÍTULO IV

Representación democrática y nuevas formas
de participación en Colombia y el mundo

César Mauricio Vallejo Serna

147

CAPÍTULO V

Paro Nacional 21N: lecciones, retrocesos y desafíos democráticos

Camilo Eduardo Umaña Hernández

183

CAPÍTULO VI

La participación democrática en los Objetivos
de Desarrollo Sostenible (ODS), Agenda 2030

Héctor Vargas Vaca

231

CAPÍTULO VII

¿No(s) representan los jueces constitucionales?

Jorge Ernesto Roa Roa

273

CAPÍTULO VII

JORGE ERNESTO ROA ROA *

¿No(s) representan los jueces constitucionales?

RESUMEN

En este artículo se defiende que los jueces ejercen una función representativa. Se trata de una forma especial de representación que se puede denominar argumentativa, deliberativa y meritocrática. El eje central de esa tesis es el rol de los tribunales para canalizar los reclamos de los ciudadanos. Los jueces solicitan a las autoridades las razones por las cuales se ha aprobado una determinada medida. Ese proceso permite comprender los fundamentos de una decisión pública y contestarla con razones o argumentos. El texto afirma que el rol representativo de los tribunales requiere de un diseño especial de la justicia constitucional. Ese diseño debe permitir el mayor acceso de las personas al foro de representación. Por eso, el argumento del texto es una defensa de mecanismos como la acción pública de inconstitucionalidad. Desde luego, también se trata de una defensa de los tribunales como escenarios para resolver profundos desacuerdos sociales sobre los derechos que tenemos, el contenido de esos derechos y la mejor forma de protegerlos.

PALABRAS CLAVE

Representación, democracia, deliberación, control de constitucionalidad, ponderación.

ABSTRACT

This article defends that courts (supreme or constitutional courts) exercise a representative function. It is a special form of representation that can be named argumentative, deliberative, and meritocratic. The central point of this thesis is the role of the courts to channel the citizen's claims. Judges ask the authorities for the reasons why a certain measure has been approved. This process allows understanding the foundations of a public decision and answering it with reasons or arguments. The article affirms that the representative role of the courts requires a special design of judicial review. This design should allow wide access for people to the representation forum. Therefore, the argument of the text is a defense of mechanisms, such as the unconstitutional public

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Comparado, Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0000-0003-1117-2302 Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

action. Of course, it is also a defense of the courts as scenarios to resolve deep social disagreements about the rights we have, the content and the best way to protect those rights.

KEY WORDS

Representation, democracy, deliberation, judicial review, balancing.

SUMARIO

Introducción. 1. El control de constitucionalidad como un espacio para la representación argumentativa. 1.1. La representación argumentativa. 1.2. La relación entre la representación argumentativa y la ponderación. 2. El control de constitucionalidad como una conversación socrática. 2.1. La conversación socrática. 2.2. La conversación socrática y el diseño institucional del control de constitucionalidad. 3. Los jueces constitucionales como representantes meritocráticos. 3.1. La representación meritocrática como remedio a los desequilibrios en la capacidad de influencia de los ciudadanos. 3.2. Control de constitucionalidad y representación meritocrática. 4. La justicia constitucional y la representación deliberativa. 4.1. El juez constitucional como una autoridad deliberativa. 4.2. El acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como puerta de ingreso a la autoridad deliberativa. 5. Un diseño institucional para la representación deliberativa, argumentativa o meritocrática. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es defender la función representativa del proceso de control de constitucionalidad. La tesis concreta que orienta todo el texto es que los tribunales supremos/constitucionales pueden llegar a ejercer una forma especial de representación cuando realizan el control de constitucionalidad contando con una amplia participación ciudadana y cuando existe un diseño institucional de la justicia constitucional que habilita a los ciudadanos para iniciar el juicio de contraste entre una ley y la constitución.

Esto significa que el carácter representativo del control de constitucionalidad se construye a partir de una combinación de los avances teóricos

que abren la puerta a la existencia de formas especiales (heteróclitas, si se quiere) de representación que son ejercidas por los jueces constitucionales y un diseño institucional concreto del sistema de justicia constitucional que permite crear un vínculo entre los jueces (representantes), los ciudadanos (representados) y los argumentos en contra de la compatibilidad de una ley con la constitución (objeto de la representación).

Desde una perspectiva teórica, la tesis de que el control de constitucionalidad es un escenario de representación ha sido afirmada, *inter alia*, a partir de la postura sobre la representación argumentativa de Robert Alexy, el modelo de control de constitucionalidad como discurso socrático de Mattias Kumm, la representación meritocrática de Philip Pettit y el *judicial review* como un escenario para la representación deliberativa de Lawrence Sager¹. En este texto se expone cada una de estas tesis y se concluye que ninguna de estas hace referencia a un diseño institucional concreto que materialice la idea de representación por parte del juez constitucional y permita establecer un vínculo concreto entre los representantes y los representados². Sobre esa base, se sostiene que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad –mediante instrumentos como la acción pública de

-
- 1 También se podría citar el trabajo de Christopher Eisgruber. Este autor sostiene que la Corte Suprema de Estados Unidos es un órgano de representación del pueblo porque ostenta unas condiciones que le convierten en un foro de representación de los ciudadanos cuando se trata de cuestiones morales: “*People often regard judicial review as an external constraint upon the democratic process. That is a mistake; judicial review is an ingredient in the process. Unelected judges, and especially the Supreme Court form a representative institution with special characteristics. That institution combines a democratic pedigree with disinterestedness and moral responsibility. In a very simple procedural sense, judges are representatives of the people*”. EISGRUBER, CHRISTOPHER. *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 77 y 78.
 - 2 En este trabajo se abordan las teorías de la representación relacionadas directamente con el control de constitucionalidad. Sobre la representación política en general, sus características y clasificación se remite a MANIN, BERNARD. *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 161-238; PITKIN, HANNA FENICHEL. *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 38-240; SAWARD, MICHAEL. *The Representative Claim*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 8-168.

constitucionalidad— es una vía idónea para que sean los propios ciudadanos quienes activen el mecanismo de representación.

I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN ESPACIO PARA LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

En *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, Robert Alexy enfrentó el problema de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. El núcleo de ese problema es que, si bien tanto el legislador como los jueces ejercen autoridad, mientras que la autoridad de los primeros es democráticamente legítima porque deviene de la elección popular, de su carácter representativo y de la responsabilidad de los legisladores frente a los ciudadanos, la autoridad de los jueces, por el contrario, carece de legitimidad democrática porque los ciudadanos no eligen al tribunal y tienen pocas opciones de controlarlo o hacerlo responsable (*accountable*)³. En ese contexto es razonable preguntarse “cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento”⁴.

La respuesta de Alexy a este problema consiste en demostrar la existencia de una relación de compatibilidad entre la democracia representativa y el control de constitucionalidad o, lo que es lo mismo, demostrar la existencia de una fuente de legitimidad democrática del *judicial review*. Adicionalmente, Alexy tiene el objetivo de probar que en algunos casos existen buenas razones para que las decisiones del control de constitucionalidad prevalezcan sobre los resultados de la representación electoral⁵. Estos dos propósitos solo se logran, de acuerdo con el autor, si se acredita que el control de constitucionalidad también es una forma de representación del pueblo⁶.

3 ALEXY, ROBERT. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005, p. 578. Existe traducción al castellano en ALEXY, ROBERT e IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 1-18.

4 ALEXY. “Balancing, constitutional review, and representation”, cit., p. 578.

5 Véase KUMM, MATTIAS. “Alexy’s theory of constitutional rights and the problem of judicial review”, en KLATT, MATTHIAS. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 205.

6 ALEXY. “Balancing, constitutional review, and representation”, cit., p. 578.

I. I. LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

La fórmula de Alexy para conciliar el principio democrático con el de supremacía constitucional consiste en afirmar la existencia de una forma especial de representación que se denomina argumentativa. Esta tesis pone en relación tres de los cinco elementos del constitucionalismo discursivo: el principio de proporcionalidad y la fórmula del peso, el control de constitucionalidad y la representación⁷.

El núcleo de esta tesis afirma que la revisión judicial de las leyes puede ser considerada como democráticamente legítima cuando se erige en una especie de representación argumentativa. Esto sucede cuando el juez constitucional aplica la fórmula del peso con el fin de garantizar que dentro del proceso de control de constitucionalidad solo prevalezcan los argumentos correctos o razonables⁸.

Cuando lo anterior acontece, los argumentos de la Corte tendrán aceptación entre un número suficiente de personas razonables dentro de la sociedad, quienes se sentirán persuadidas por los argumentos del tribunal en virtud del alto nivel de corrección o razonabilidad de esos argumentos. Por esa razón, afirma Alexy, “el control de constitucionalidad solo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y desean hacerlo”⁹.

Adicionalmente, cuando el control de constitucionalidad funciona como un espacio de representación argumentativa, las decisiones judiciales no tienen un coste sino un beneficio democrático, en especial, si la intervención del tribunal tiene el propósito de garantizar los derechos constitucionales. Ante una ley que viola los derechos establecidos por la constitución, la norma superior no solo no prohíbe, sino que ordena la intervención del juez constitucional:

7 De acuerdo con Alexy, los cinco elementos del constitucionalismo discursivo son: los derechos fundamentales, la ponderación (incluida la fórmula del peso), el discurso, el control de constitucionalidad y la representación. *Ibid.*, p. 572.

8 *Ibid.*, p. 572-581.

9 *Ibid.*, p. 580.

Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la Constitución¹⁰.

En síntesis, la idea de Alexy es que los ciudadanos tienen dos escenarios de representación: el congreso y la corte constitucional. En el primero, los ciudadanos están representados por las personas que han elegido mediante el voto en procesos abiertos e igualitarios. En el segundo, los ciudadanos pueden encontrar a un grupo de personas que no han elegido pero que pueden representarles argumentativamente para lograr que las decisiones del primer escenario de representación sean compatibles con la constitución.

Detrás de esta tesis sobre la representación argumentativa se encuentra el concepto de democracia de Alexy. Para este autor, la democracia tiene una dimensión real y una dimensión ideal¹¹. En su versión real, la democracia es un proceso para tomar decisiones orientada por la regla de la mayoría (democracia decisional), mientras que en su versión ideal esta es un procedimiento discursivo o argumentativo (democracia deliberativa).

A cada una de estas nociones de democracia corresponde una forma de representación: la representación parlamentaria y la representación argumentativa o deliberativa¹². El procedimiento de elaboración de las leyes es el escenario por excelencia para el primer tipo de representación, mientras que el control de constitucionalidad lo es para el segundo. Las dos clases de representación son absolutamente necesarias dentro del Estado constitucional porque el congreso no puede realizar el control de sus propios actos, lo cual implica que es necesario que un agente externo deba asumir esa función¹³.

10 ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Carlos Bernal Pulido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 484.

11 ALEXY, ROBERT. "The dual nature of law", *Ratio Juris*, vol. 23, n.º 2, 2010, p. 167-182.

12 ALEXY. "Balancing, constitutional review, and representation", cit., p. 579. Esta diferencia ya aparecía expresada en ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 487-489.

13 *Ibíd.*, p. 509.

Según Alexy, la conjunción de las dos dimensiones de la democracia solo se puede realizar en el modelo de democracia deliberativa¹⁴. Dentro de esta, el control de constitucionalidad puede ser comprendido como un escenario de representación del pueblo de tipo argumentativo, en el que se permite que los ciudadanos canalicen sus preocupaciones constitucionales frente al resultado final del procedimiento legislativo¹⁵.

Las decisiones del sistema de representación deliberativa o argumentativa serán razonables en cuanto la respuesta se emita con base en la aplicación de un método racional que atienda a las exigencias del principio de proporcionalidad y aplique el método de la ponderación¹⁶. Eso quiere decir que la ponderación, y, muy específicamente, la fórmula del peso, es el mecanismo mediante el cual el tribunal constitucional garantiza el carácter racional de su deliberación tanto interna como externa¹⁷.

1.2. LA RELACIÓN ENTRE LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA Y LA PONDERACIÓN

De acuerdo con la teoría de Alexy, la ponderación tiene tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación señala que, en los casos de colisión entre dos principios de derecho fundamental, cuanto mayor sea la afectación de uno de

14 ALEXY. “The dual nature of law”, cit., p. 177 y 178.

15 *Ibíd.*, p. 178.

16 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 70-79 y 529-562, y “La fórmula del peso”, en CARBONELL, MIGUEL (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15-49; BARAK, AHARON. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 340-370 y “Proportionality (2)”, en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook*, cit., p. 738-755; BERNAL PULIDO, CARLOS. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009 y *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 763-811; MONTEALEGRE, EDUARDO (coord.). *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008 y SCHLINK, BERNHARD. “Proportionality (1)”, en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook*, cit., p. 718-737.

17 ALEXY. *Teoría de los derechos fundmentales*, cit., p. 486.

los principios, mayor debe ser la satisfacción del otro principio involucrado en la colisión¹⁸.

La fórmula del peso se refiere a una ecuación que permite establecer la relación de precedencia condicionada entre dos principios que colisionan. La ecuación es un cociente entre tres variables: el peso abstracto, el peso concreto y la certeza sobre la afectación de cada uno de los principios. A las primeras dos variables (peso abstracto y peso concreto) se les asigna un valor con base en una escala triádica que tiene los siguientes baremos: afectación leve (2^0 o 1), intermedia (2^1 o 2) y grave (2^2 o 4). A la tercera variable se le asigna valor de acuerdo con el mayor o menor grado de certeza de que tal afectación efectivamente se producirá. En ese sentido, los valores se modificarán si la afectación es cierta o segura (2^0 o 1), probable (2^{-1} o 0,5) o casi improbable (2^{-2} o 0,25)¹⁹.

Finalmente, las cargas de la argumentación son un mecanismo para resolver los casos de empate. En esos supuestos, como indica Carlos Bernal Pulido, en la *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy sugirió conferir prevalencia a la libertad e igualdad jurídica. En el epílogo a ese libro, el autor defendió una carga de argumentación a favor del legislador de manera que, si una ley que restringe un derecho para dar prevalencia a otro no resulta desproporcionada bajo los parámetros de la fórmula del peso, esta debe ser declarada constitucional y su validez debe ser confirmada por el juez constitucional²⁰.

De los tres elementos de la ponderación descritos previamente, la fuente principal de racionalidad de las decisiones del órgano de representación argumentativa es la fórmula del peso. En efecto, la ponderación y, en concreto, la fórmula del peso limitan la discrecionalidad y el tipo de argumentos sobre los cuales los miembros del tribunal pueden debatir (deliberación interna) y contribuyen a la exposición de la decisión final para que sea comprendida y aceptada por la opinión pública (deliberación externa). De acuerdo con ese

18 ALEXY, ROBERT. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, p. 31.

19 BERNAL PULIDO, CARLOS. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 26, 2003, p. 229-230.

20 BERNAL PULIDO. “Estructura y límites”, cit., p. 230-232.

esquema, los resultados del control de constitucionalidad serán legítimos si se corresponden con los argumentos de un número significativo de personas dentro de la sociedad y son aceptados por los demás ciudadanos en virtud del alto grado de corrección de la decisión del juez constitucional²¹.

La idea de la representación argumentativa descansa en la ponderación y en el grado de aceptación de los argumentos que respaldan a la decisión judicial. Para que aumente la aceptación del control de constitucionalidad se requiere que su actividad responda fielmente a una idea racional de corrección. De esta manera, si la ponderación confiere un alto nivel de racionalidad a las decisiones judiciales y limita –hasta donde sea posible– la discrecionalidad del juez, la idea de Alexy de concebir al juez constitucional como un representante argumentativo queda a salvo de una parte de la objeción democrática.

Sin embargo, algunos autores que reconocen el potencial y la idoneidad de la ponderación para racionalizar la decisión judicial y limitar la discrecionalidad de los tribunales albergan serias dudas sobre el paso siguiente dado por Alexy, esto es, dudan sobre la tesis de que la combinación del control de constitucionalidad con el principio de proporcionalidad y la ponderación pueda dar lugar a un escenario de representación argumentativa que supere la objeción contramayoritaria al *judicial review*.

Sobre esta crítica específica, Mattias Kumm, por ejemplo, mantiene que la tesis de Alexy es una vía idónea pero insuficiente para fundamentar la legitimidad democrática del juez constitucional como representante argumentativo. Kumm sostiene que esa propuesta debe ser complementada con una visión sobre el derecho de los ciudadanos a recurrir las decisiones políticas y a recibir buenos argumentos para aceptar tales decisiones. Como se describirá a continuación, la idea de Kumm es que esto sucede cuando, además de considerar al control de constitucionalidad como un escenario de representación argumentativa, se lo concibe como un caso especial de la conversación socrática.

21 ALEXY. “Balancing, constitutional review, and representation”, cit., p. 580.

2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UNA CONVERSACIÓN SOCRÁTICA

La concepción de la justicia constitucional como un escenario de representación argumentativa y su potencial para establecer un nexo de compatibilidad entre el control de constitucionalidad de las leyes y la democracia representativa ha sido objetada desde diferentes enfoques y, en concreto, ha sido considerada como incompleta para defender la existencia misma del control de constitucionalidad. Por ejemplo, Kumm sostiene que, a pesar de que Alexy acierta al no reducir todas las posibilidades de representación al ámbito de la representación voluntaria, de allí no se deriva que puedan existir instituciones que basen su legitimidad exclusivamente en la representación argumentativa²².

A pesar de sus críticas a la tesis de Alexy, Kumm destaca que la difusión del principio de proporcionalidad ha tenido cuatro ventajas para el constitucionalismo: i) dotar a los jueces de herramientas argumentativas que permitan limitar los debates constitucionales; ii) abrir un espacio para que los jueces sean deferentes con el legislador y sensibles frente a circunstancias empíricas que justifican determinadas políticas; iii) establecer un grado de conexión entre la deliberación judicial, los argumentos del legislador y las preocupaciones e intereses de los ciudadanos, y iv) ofrecer un baremo para controlar la actividad y los resultados de los jueces constitucionales²³.

Estas cuatro consecuencias de la difusión del principio de proporcionalidad y de la ponderación también han generado un nuevo enfoque en el debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional²⁴. En especial, Kumm sostiene que una de las ventajas de la tesis de Alexy es que contribuye a establecer ciertos niveles de responsabilidad de los jueces constitucionales como representantes argumentativos. De esta manera pierde fuerza una parte de la objeción contramayoritaria al control de cons-

22 Cfr. KUMM, "Alexy's theory", cit., p. 207.

23 Ibid., p. 205.

24 KUMM, MATTIAS, "Democracy is not enough: rights, proportionality and the point of judicial review", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 09-10, 2009, p. 2.

titucionalidad que señala que los jueces no son responsables (*accountables*) porque no son elegidos democráticamente.

Según Kumm, frente al déficit de control ciudadano de la judicatura, la visión de Alexy tiene el mérito de concebir a los jueces no solo como representantes argumentativos sino como representantes que deben rendir cuentas ante la ciudadanía por el grado de corrección de los fundamentos de sus decisiones. Si los jueces tienen una herramienta para estructurar los argumentos que respaldan sus sentencias, eso quiere decir que los ciudadanos disponen de un parámetro racional para evaluar esas decisiones y aceptar o rechazar fundadamente la decisión de un tribunal constitucional.

Ahora bien, para Kumm esta contribución de Alexy al debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad no es suficiente para superar toda la objeción democrática. Por esa razón, considera que, si se complementa la tesis de Alexy, se puede llegar a afirmar que el control de constitucionalidad no es antidemocrático, sino que es un complemento adecuado de las democracias liberales.

Para Kumm, en el constitucionalismo liberal y democrático deben regir simultáneamente los principios de responsabilidad electoral y de supremacía constitucional. El primero se manifiesta en el derecho de los ciudadanos a elegir a sus autoridades, el segundo, en el derecho de los mismos ciudadanos a impugnar las decisiones proferidas por las autoridades que han elegido.

En ese marco, la existencia del *judicial review* reflejaría la idea clásica de no dominación que afirma que los individuos no deben someterse a aquellas leyes que razonablemente no habrían consentido. Esto implica que toda decisión pública debe ser concebida como un ejercicio colectivo de la razón que conduce a determinar lo que la justicia y la buena política requieren. El principio de no dominación que fundamenta al control de constitucionalidad no se opone a la idea de igualdad política sino que la complementa, porque la legitimidad de la decisión política no descansa solamente en el carácter representativo o electoralmente elegido de la autoridad que la profiere sino en las razones que respaldan una determinada ley²⁵.

25 Ibid., p. 21.

2.1. LA CONVERSACIÓN SOCRÁTICA

La propuesta concreta de Kumm se enmarca dentro de lo que el autor denomina el *paradigma racional de los derechos humanos*. Dentro de este paradigma, el control de constitucionalidad puede ser concebido bajo la idea socrática de un diálogo en el que siempre se buscan las mejores razones²⁶. La conjunción del control de constitucionalidad y el principio de proporcionalidad crean un escenario deliberativo (*socratic contestation*) en el cual los ciudadanos tienen derecho a impugnar los actos del legislador con base en sus propias razones con el fin de buscar las razones que llevaron al legislador a aprobar una determinada ley²⁷.

Desde ese punto de vista, el control de constitucionalidad realizado con aplicación del principio de proporcionalidad resulta una opción deseable democráticamente porque contribuye a encontrar las razones públicas que justifican los actos del legislador o las razones públicas que determinan la invalidación de esos actos por parte del juez constitucional²⁸.

El proceso de *socratic contestation* en el que piensa Kumm se desarrolla en varios pasos. En primer lugar, el juez constitucional no asume ninguna posición inicial, sino que se limita a escuchar los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de una ley con el fin de determinar los extremos del debate. En esta fase concurren las autoridades públicas que emitieron el acto normativo, para exponer las razones que respaldan la constitucionalidad de esa decisión, así como quienes atacan la constitucionalidad de ese acto normativo. En segundo lugar, el juez puede formular preguntas a las dos partes en clave de los elementos del juicio de proporcionalidad. A continuación, el juez evalúa la calidad de los argumentos planteados y sus posibles contradicciones. Finalmente, en un espacio deliberativo, sosegado

26 KUMM, MATTIAS. "Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review", *European Journal of Legal Studies*, n.º 1, 2007-2008, p. 153-183 y "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n.º 2, 2010, p. 142-175.

27 KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 5 y "The idea of socratic contestation", cit., p. 142-175.

28 KUMM. "Democracy is not enough", cit., p. 3.

y alejado de la política ordinaria y de la propia tensión de la discusión, el juez constitucional decide cuál de las dos posiciones debe prevalecer²⁹.

La conexión con la tesis de Alexy ocurre porque Kumm acepta que, para decidir, el juez ha debido seguir los pasos establecidos por el principio de proporcionalidad porque esta es la manera de asegurar que el resultado de su deliberación será formulado en términos de razón pública y que sus argumentos serán aceptados por todos los ciudadanos³⁰.

De acuerdo con Kumm, este procedimiento de *socratic contestation* constituye una respuesta adecuada frente a algunas de las patologías que afectan a los sistemas políticos más desarrollados (p. ej., la corrupción, la crisis de la representación o la influencia de intereses económicos hegemónicos en las decisiones políticas)³¹. Frente a estas deficiencias, el control de constitucionalidad o *socratic contestation* asegura que la deliberación pública recuperará las cargas del juicio —en términos de Rawls— cuando no ha existido un razonamiento crítico e imparcial durante la deliberación parlamentaria³². Como el propio Kumm advierte, la “*socratic contestation* es el mecanismo mediante el cual los tribunales determinan si la solución a un desacuerdo entre las autoridades públicas y los demandantes es razonable”³³.

2.2. LA CONVERSACIÓN SOCRÁTICA Y EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, hasta este punto se ha señalado que Kumm comparte la idea de Alexy sobre el potencial representativo y deliberativo del control de constitucionalidad realizado mediante el principio de proporcionalidad y la ponderación. También se ha establecido que Kumm complementa esa tesis con la idea del *paradigma racional de los derechos humanos*, dentro del cual el control de constitucionalidad se convierte en una especie de la con-

29 Ibid., p. 17 y 18.

30 KUMM. “The idea of socratic contestation”, cit., p. 168 y 169.

31 KUMM. “Institutionalising socratic contestation”, cit., p. 169 y “The idea of socratic contestation”, cit., p. 157-164.

32 KUMM. “Democracy is not enough”, cit., p. 20.

33 KUMM. “The idea of socratic contestation”, cit., p. 170.

versación socrática. Tanto la versión de Alexy como la de Kumm se dirigen a fundamentar una relación de compatibilidad y complementariedad entre la democracia y el control de constitucionalidad. La pregunta que surge es: ¿cuál es la conexión de esas dos tesis con el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad?

El vínculo de las tesis de Alexy y Kumm con los diseños institucionales de acceso directo al control de constitucionalidad lo sugiere el propio Kumm. En efecto, la concepción del control de constitucionalidad como una conversación socrática implica que el *judicial review* se convierte en una garantía para el derecho de los ciudadanos a ser escuchados, a que la administración justifique el origen de una decisión que les afecta y a que el legislador argumente sobre los motivos por los cuales una ley no debe ser modificada o invalidada³⁴. Si el control de constitucionalidad es un escenario de representación argumentativa que se desarrolla mediante la conversación socrática, el Estado debe garantizar la participación ciudadana en estos procesos de deliberación cualificados como una manifestación del deber de las autoridades de consultar a los ciudadanos sobre las decisiones públicas³⁵.

El derecho de los ciudadanos a participar en ese espacio deliberativo se materializa en la facultad ciudadana para activar el mecanismo de representación argumentativa y de conversación socrática. Si el espacio deliberativo es cualificado porque solo se aceptan argumentos basados en derechos³⁶, es razonable pensar que la primera intervención la deben realizar los propios ciudadanos cuando consideran que el legislador ha violado un derecho del cual son titulares, cuando tienen dudas sobre la existencia de tal violación o cuando dudan respecto de su condición de titulares de un derecho³⁷.

34 La misma tesis en HAREL, ALON y KAHANA, TSVI. "The easy core case for judicial review", *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n.º 1, 2010, p. 250.

35 Cfr. *ibíd.*, p. 238.

36 *Ibíd.*, p. 245.

37 *Ibíd.*, p. 246.

Como se verá más adelante, esta idea también aparece en PETTIT, PHILIP. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 210.

3. LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO REPRESENTANTES MERITOCRÁTICOS

Desde la filosofía política y la teoría de la representación, Philip Pettit ha realizado una contribución que sirve para demostrar los problemas de la representación parlamentaria y para reforzar la idea de que el control de constitucionalidad también puede ser concebido como una forma especial de representación compatible con la democracia.

En sus trabajos sobre representación y democracia, Pettit ha señalado que la representación electoral y el principio de igual participación democrática resultan insuficientes para asegurar la igual capacidad de influencia de los ciudadanos en los procesos de decisión³⁸. Por una parte, Pettit afirma que, aun si en el punto de partida existen condiciones en las cuales los votos de los ciudadanos tienen igual valor, existen otros factores para que, en el punto de llegada, los resultados reflejen que no hubo igual capacidad de influencia en los procesos de decisión. Esto sucede, por ejemplo, cuando hay barreras económicas para ejercer el voto, presiones sobre los votantes o leyes electorales que distribuyen los escaños entre diferentes zonas geográficas sin tomar en cuenta su población³⁹.

Para ilustrar su idea, Pettit se refiere a un grupo de cinco amigos que viven en condiciones de igualdad material y quienes se reúnen semanalmente para jugar a las cartas o al ajedrez. Dentro del grupo de amigos, dos de ellos son vegetarianos y tres no lo son. El grupo se puede reunir en dos restaurantes de la ciudad, pero solo uno de los dos restaurantes se especializa en comida vegetariana. Finalmente, los cinco amigos han acordado que, cada vez que tengan una reunión, decidirán la sede del encuentro bajo la regla de la mayoría. El voto de cada uno de ellos tendrá el mismo valor.

38 Además de las tesis y artículos que se reseñan a continuación, el trabajo de Pettit sobre la representación es bastante prolijo. En relación con aspectos teóricos de la representación se deben consultar otros textos que aquí no se citan porque son previos a la idea de la representación meritocrática: PETTIT, PHILIP. "Varieties of public representation", en SHAPIRO, IAN (ed.), *Political Representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 61-89 y "Representation, responsive and indicative", *Constellations*, vol. 17, n.º 3, 2010, p. 426-434.

39 PETTIT. *On the People's Terms*, cit., p. 210.

Con base en esta hipótesis, la conclusión de Pettit es que los amigos siempre decidirán cenar en el restaurante no vegetariano. Eso sucede porque “la igualdad de votos no es suficiente para asegurar el mismo poder de influencia a los diferentes votantes; aquellos que se encuentran en minoría están más o menos en una situación de permanente exclusión respecto de la posibilidad de estar entre los ganadores”⁴⁰.

3.1. LA REPRESENTACIÓN MERITOCRÁTICA COMO REMEDIO A LOS DESEQUILIBRIOS EN LA CAPACIDAD DE INFLUENCIA DE LOS CIUDADANOS

La propuesta de Pettit para superar la dificultad descrita previamente y asegurar el ideal de no dominación es la creación de un mecanismo para que los individuos o los grupos de individuos verifiquen el grado de desconocimiento de los principios de igual participación e influencia que ocurre en el proceso mediante el cual son aprobadas las leyes. Ese mecanismo debería proveer de un juicio imparcial que tuviera en cuenta apropiadamente los argumentos de quienes se oponen a la decisión mayoritaria⁴¹.

En ese sentido, Pettit ha elaborado una construcción teórica en torno al concepto de representación meritocrática⁴². La tesis de Pettit es que existen individuos que han sido escogidos para desempeñar una función pública de acuerdo con sus méritos o capacidades y a quienes se les confiere el estatus de representantes siempre que cumplan con ciertas condiciones⁴³.

El punto de partida es que no todos los representantes deben ser elegidos popularmente. Algunos representantes deben ser elegidos directamente por los ciudadanos pero también se pueden identificar representantes en razón de criterios diferentes, como el exigente proceso de reclutamiento para un cargo determinado, su alto grado de autonomía o sus capacidades

40 Ibid., p. 212.

41 Ibid., p. 213-215.

42 PETTIT, PHILIP. “Meritocratic representation”, en BELL, DANIEL y CHENYANG, LI (eds.), *The East Asian Challenge for Democracy: Political Meritocracy in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 151.

43 Ibid., p. 138-159.

personales⁴⁴. Estos últimos no tienen un estatus representativo autónomo puesto que su posición deriva de la elección que han hecho de ellos los representantes elegidos popularmente⁴⁵.

Por supuesto, no todos los funcionarios públicos elegidos por procedimientos meritocráticos pueden ser considerados representantes. En concreto, no pueden serlo quienes no son independientes porque forman parte de un esquema jerarquizado de mando⁴⁶. Para ser representante meritocrático también se requiere que las autoridades sean elegidas con base en sus habilidades o en su tendencia a la imparcialidad; que sean objeto de la censura o control público de la misma manera que las autoridades que fueron elegidas popularmente, y que puedan ser sancionados judicialmente por sus faltas disciplinarias⁴⁷.

De acuerdo con Pettit, existen tres categorías de funcionarios que ejercen la representación meritocrática. En primer lugar, las autoridades que elevan quejas o reclamos ante o contra el gobierno u otros miembros de la administración (*e.g.*, el fiscal general o el *ombudsman*). En segundo lugar, las autoridades que deciden las quejas que interponen los ciudadanos contra el gobierno o contra las demás autoridades (*e.g.*, los jueces y los tribunales). Finalmente, las autoridades que resuelven los problemas que las autoridades elegidas popularmente no pueden resolver imparcialmente porque involucran sus propios intereses (*e.g.*, autoridades electorales o el banco central)⁴⁸.

Esta forma de representación se caracteriza porque los representantes meritocráticos o argumentativos ostentan condiciones que permiten afirmar que, en un ámbito determinado, ellos harán el trabajo de representación mejor de lo que podrían hacerlo los representantes elegidos popularmente. Por ejemplo, tendrán un fuerte incentivo para apartarse de las preferencias de la mayoría a

44 *Ibíd.*, p. 156.

45 *Ibíd.*, p. 147.

46 *Ibíd.*, p. 147.

47 *Ibíd.*, p. 150.

48 *Ibíd.*, p. 147 y 148. Este argumento ya había sido formulado en DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 375.

favor de ciertas minorías que son tradicionalmente ignoradas⁴⁹. De allí la importancia de que los representantes meritocráticos sean independientes de los representantes elegidos popularmente⁵⁰. En su propia área, los representantes meritocráticos pueden reclamar válidamente que están hablando en nombre del pueblo (*in the people's name*) porque la fuente de su legitimidad proviene del mismo carácter meritocrático de su elección⁵¹.

Aunque Pettit reconoce que la representación meritocrática conlleva algunos problemas para el sistema democrático —como la excesiva discrecionalidad del representante meritocrático o la forma de asegurar la prevalencia de los méritos en los procesos de elección—, también señala que las condiciones de la representación meritocrática conducen al juicio de que, para esa posición institucional, la mejor opción es tener un representante meritocrático y no un representante elegido popularmente⁵².

Al final de su argumento, Pettit considera que los jueces y las demás autoridades meritocráticas ejercen una representación indicativa que no es incompatible con la democracia. Los jueces constitucionales —como representantes meritocráticos— se encuentran limitados porque solo pueden usar argumentos en clave constitucional y con el fin de dar voz a quienes no fueron escuchados dentro del foro parlamentario. Su objetivo es que los afectados cuestionen las decisiones adoptadas frente a un grupo de representantes que deben escucharles y quienes pueden decidir sobre la validez de las decisiones cuestionadas.

3.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTACIÓN MERITOCRÁTICA

La tesis de la representación meritocrática de Pettit tiene una conexión indudable con la representación argumentativa de Alexy y el diálogo socrático

49 PETTIT. “Meritocratic representation”, cit., p. 150.

50 Ibíd., p. 151. Sobre la independencia como requisito esencial para que los jueces puedan ser considerados como representantes, cfr. KYRITSIS. “Representation and Waldron’s objection”, cit., p. 747.

51 PETTIT. “Meritocratic representation”, cit., p. 151-155.

52 Ibíd., p. 153-156.

de Kumm. En efecto, Pettit ofrece una teoría sobre el tipo de vínculo que confiere carácter representativo al control de constitucionalidad.

Se puede afirmar que Alexy formuló la tesis general sobre el control de constitucionalidad como escenario de representación y confió la demostración de esa tesis a la posibilidad de control ciudadano sobre el tribunal mediante los criterios del principio de proporcionalidad y la ponderación. De esta manera, frente a la objeción democrática, Alexy provee una visión de un tribunal constitucional como una institución *accountable* por la ciudadanía. Por su parte, Kumm ofrece un método para que el control de constitucionalidad funcione como escenario de representación deliberativa o argumentativa. En contra de la crítica contramayoritaria, Kumm destaca el potencial epistémico del *judicial review* para obtener resultados cualitativamente mejores que los obtenidos mediante el proceso legislativo.

En medio de ese panorama, Pettit se centra en demostrar que el vínculo entre el representante y el representado no se crea exclusivamente mediante el voto, sino que puede tener origen en los méritos, las calidades y la posición institucional de quienes integran el tribunal constitucional. Por esta vía, Pettit ataca directamente la parte de la objeción contramayoritaria que pone todo su énfasis en el carácter no electo de los jueces constitucionales y complementa las visiones de Alexy y Kumm al ofrecerles una manera de fundamentar el vínculo representativo cuando se trata del control de constitucionalidad.

Con base en todo lo anterior, es plausible sostener que el tribunal constitucional también es un espacio de representación argumentativa o deliberativa en el que el vínculo representativo proviene de los méritos, la independencia y la posición institucional de los jueces. Esta forma de representación es compatible con la democracia porque sus miembros son susceptibles de ser controlados (*accountables*) por los ciudadanos. Además, los resultados del *judicial review* son razonables cuando utilizan la ponderación y valiosos democráticamente cuando son el resultado de un procedimiento deliberativo o conversación socrática.

Ya se ha señalado que el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad es funcional a las tesis de Alexy y Kumm. Incluso, la acción pública de constitucionalidad puede resultar un instrumento muy importante para reforzar la idea del carácter representativo y deliberativo de la justicia constitucional y para garantizar el buen funcionamiento del

esquema de la conversación socrática. Desde luego, la tesis de Pettit también resulta pertinente para nuestra perspectiva porque los jueces solo adquieren su posición de representantes meritocráticos si su función es canalizar las quejas ciudadanas contra la administración y el legislador. Como el propio autor señala, frente a las deficiencias del proceso político,

[s]olo veo una posibilidad realista, que es introducir un sistema de queja individualizada que sea paralelo al control colectivo que ocurre durante las elecciones. Deberían existir amplias oportunidades para que los individuos y los grupos cuestionaran las leyes o proyectos para saber hasta qué punto el proceso en el que estas son aprobadas respeta el valor de la igualdad de influencia y, más generalmente, el valor de la igualdad de estatus⁵³.

De acuerdo con lo anterior, el sistema de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad funciona como uno de los mecanismos en los que piensa Pettit al señalar la necesidad de crear un sistema paralelo, en el que los ciudadanos solicitan la intervención de sus representantes meritocráticos con el fin de que estos revisen las decisiones que fueron tomadas por el órgano legislativo⁵⁴. Si esto es así, la acción pública de constitucionalidad adquiere fuerza como uno de los diseños institucionales posibles de la justicia constitucional que mejor se ajusta a las ideas de representación argumentativa o deliberativa, conversación socrática y representación meritocrática.

Las tres tesis señaladas hasta aquí parten de un supuesto común en relación con el principio democrático y de igualdad política: la insuficiencia de ese principio o la pobreza de su contenido para garantizar la igual participación de los ciudadanos en el debate público. Como señala Dworkin, esta “no es un meta demasiado exigente, sino demasiado poco exigente”⁵⁵.

A partir de esa crítica, cada una de las tesis establece fórmulas para responder a esa disfuncionalidad democrática. Sin embargo, se puede objetar que ninguna de las tres afirma que el control de constitucionalidad pueda

53 PETTIT. *On the People's Terms*, cit., p. 213.

54 *Ibíd.*, p. 217.

55 DWORKIN. “Igualdad, democracia y constitución”, cit., p. 129.

materializar el principio de igualdad política si se abren las puertas de los tribunales a la ciudadanía. Por esa razón, es necesario analizar la forma como Lawrence Sager ha desarrollado esa línea de argumentación para superar un elemento central de la crítica contramayoritaria al control de constitucionalidad y fundamentar el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional.

4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA REPRESENTACIÓN DELIBERATIVA

Lawrence Sager también ha hecho una contribución significativa a la tesis de que el control de constitucionalidad es un escenario de representación. En especial, Sager ha enfrentado un problema específico de esta tesis en relación con el principio de igual dignidad política. Si bien es cierto que, como señalaron Kumm y Pettit, la igualdad política es insuficiente para lograr el mismo nivel de participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, eso no quiere decir que concebir al control de constitucionalidad como un escenario de representación no entre en colisión con ese principio de igualdad. Las tesis sobre el carácter representativo del *judicial review* se enfrentan al hecho de que este será un espacio de representación que no puede reflejar el principio de igual dignidad política del cual sí da cuenta la representación parlamentaria.

Sager reconoce que el proceso de elección popular de los representantes ante el órgano legislativo satisface la idea de igual dignidad democrática. Sin embargo, considera —como Pettit y Dworkin— que esta no es una vía perfecta para tomar las decisiones públicas porque se encuentra permeada por diferentes tipos de problemas. De acuerdo con Sager, la opción que apuesta solamente por la representación parlamentaria es “débil y peligrosa porque los representantes políticos responden inevitablemente, en algún modo que no es marginal, al poder de los votos o del dinero, en lugar de a la fuerza de la pretensión de determinado individuo o grupo de que el derecho está de su parte”⁵⁶.

⁵⁶ SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

Por esa razón, Sager ha refutado directamente la tesis que sostiene que el control de constitucionalidad es un peligro para el principio de igual dignidad política⁵⁷. Para el autor, existen dos formas mediante las cuales los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad en las decisiones públicas: una forma electoral y una forma deliberativa. La primera se realiza cuando los ciudadanos participan en la elección de los miembros del congreso, la segunda, cuando los ciudadanos acuden a los tribunales constitucionales para someter a control las decisiones legislativas:

Una forma a través de la cual una persona puede participar como igual en el proceso de resolución de disputas acerca de los derechos que tienen los miembros de esa comunidad es ejerciendo en condiciones de igualdad el derecho de elegir a los representantes políticos que tomarán las decisiones sobre los derechos [...]. La segunda forma en la que el miembro de una comunidad política puede participar como igual en el debate sobre sus derechos es que sus derechos e intereses (como miembro igual de la comunidad política y como titular de derechos) sean considerados seriamente por quienes tienen autoridad deliberativa⁵⁸.

En definitiva, para Sager, el principio de igualdad en el que se apoya la objeción democrática tiene dos dimensiones: una dimensión electoral y una dimensión deliberativa. La primera se satisface cuando los ciudadanos participan en los procesos de elección de sus representantes en el congreso y la segunda se materializa cuando los ciudadanos acceden a los tribunales para reclamar por una decisión legislativa que viola sus derechos. En su criterio, la relación entre estas dos dimensiones no es de contradicción sino de complementariedad, porque la “mayor parte de los Estados democráticos modernos tienen un conjunto de estructuras institucionales en el marco de las cuales los Parlamentos prometen la igualdad electoral, mientras los tribunales constitucionales prometen la igualdad deliberativa”⁵⁹.

57 Una idea que ya aparecía en DWORKIN. *A Matter of Principle*, cit., p. 69.

58 SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

59 *Ibíd.*, p. 207.

4.1. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO UNA AUTORIDAD DELIBERATIVA

La propuesta de Sager consiste en abrir las puertas del control de constitucionalidad a los ciudadanos con el fin de garantizarles el acceso directo a la representación deliberativa. Esta tesis de Sager se basa en una concepción del *judicial review* como un escenario adecuado para que los ciudadanos participen en condiciones de igualdad y de manera efectiva en el debate sobre los desacuerdos que existen dentro de la sociedad sobre sus derechos, el contenido de los mismos y la forma de garantizarlos. Como se puede inferir, Sager piensa que el control de constitucionalidad es una opción adicional y no excluyente para hacer valer el principio de igual dignidad de los ciudadanos⁶⁰.

La razón principal por la que los tribunales se erigen en escenarios idóneos radica en sus atributos deliberativos: su capacidad para identificar problemas que el legislador no considera y la concepción de Owen Fiss del proceso judicial como un diálogo público. En este diálogo, el juez no se puede negar a participar, no puede dejar de escuchar, debe contestar y debe responder ante los ciudadanos por los resultados de la deliberación⁶¹.

Sager defiende que la posibilidad de apelar directamente ante la autoridad deliberativa (los jueces) no se ve afectada por las condiciones estructurales y las barreras sociales o económicas que niegan a los ciudadanos la misma influencia dentro del procedimiento legislativo. A diferencia de los desequilibrios que impiden a las minorías o a los sectores menos favorecidos incidir ante el congreso, cuando se acude a los tribunales cada ciudadano tiene derecho “a que cada deliberante evalúe sus pretensiones en sus propios méritos, con independencia del número de votos que le respalde, con independencia de la cantidad de dinero que pueda utilizar en su propio apoyo y con independencia de la influencia que tenga en la comunidad”⁶².

60 Ibid., p. 204 y 205.

61 Para un desarrollo de la idea del proceso de constitucionalidad colombiano como diálogo público, cfr. ROA ROA. *La acción pública*, cit., p. 38-45.

62 SAGER. *Juez y democracia*, cit., p. 204.

4.2. EL ACCESO DIRECTO DE LOS CIUDADANOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PUERTA DE INGRESO A LA AUTORIDAD DELIBERATIVA

En relación con el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, el enfoque de Sager adquiere mayor relevancia porque no solo reconoce la autoridad deliberativa de los jueces, sino que se muestra favorable a una apertura del control de constitucionalidad a la ciudadanía. Sobre este punto, la idea de Sager es que, cuanto mayor es el grado en que se presentan los problemas del sistema de elección, la crisis de la representación y los vicios estructurales del sistema electoral, mayor es la fuerza de las razones que juegan a favor del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

Bajo esa concepción del control de constitucionalidad como un foro deliberativo en el que los ciudadanos hacen valer su derecho a participar en condiciones de igualdad en la resolución de los desacuerdos que surgen dentro de la sociedad, el tipo de control de constitucionalidad que mejor se adecua a este marco es uno en el que exista una amplia legitimación ciudadana para elevar las pretensiones de inconstitucionalidad ante los tribunales. Como el mismo Sager afirma:

Toda persona que sufra un daño del tipo pertinente tiene derecho a ser oída por los tribunales, a plantear sus pretensiones y argumentos en su defensa y, en el peor de los casos, a una explicación razonada de los motivos por los que sus pretensiones no han sido consideradas persuasivas por la mayoría de los jueces. Obviamente, los jueces pueden ser malos deliberantes, y la misma independencia que los hace imparciales también los hace relativamente inmunes al control electoral. Pero cuando alguien tiene una pretensión constitucional y apela a los tribunales, ese alguien puede ser cualquiera: puede representar a una minoría de uno, o pertenecer a un grupo que es ampliamente ridiculizado o discriminado. En la práctica buena parte de los progresos realizados en el derecho constitucional han sido provocados por las pretensiones de tales grupos⁶³.

63 *Ibíd.*, p. 205.

Probablemente, del texto citado previamente se infiere la inclinación de Sager por un sistema de acceso interesado y no por uno de acceso directo porque hace referencia al derecho de quienes han sufrido un daño. Sin perjuicio de ocuparse de esa objeción más adelante, lo que resulta innegable es que las tesis de Alexy, Pettit, Kumm y Sager representan un cambio de visión frente a posturas que se limitaban a reconocer que el control de constitucionalidad podía ser un garante o vigilante de la deliberación parlamentaria (supervisión), pero negaban la posibilidad de que el control de constitucionalidad fuera un escenario deliberativo en sí mismo.

Adicionalmente, las tesis descritas en esta sección indican que la desconexión de los jueces con el proceso electoral no es una negación de su carácter representativo y no implica una deficiencia de la posición institucional de los tribunales. Por el contrario, esas condiciones les generan otro tipo de vínculo con los ciudadanos (meritocrático) y les proporcionan un conjunto de garantías de imparcialidad que son necesarias para una deliberación de calidad⁶⁴. Como lo describe José Luis Martí, este cambio de enfoque coincide con un fenómeno que se caracteriza por “abrir espacios de participación directa de los ciudadanos. Esto es, por poner en marcha mecanismos de participación en los procesos de toma de decisiones, complementarios de las estructuras representativas”⁶⁵.

Sin embargo, el propio Martí advierte que este movimiento no cuestiona la existencia o la centralidad del órgano de representación parlamentaria; solo reconoce la aparición de otros espacios de decisión y procura el aumento de la intervención ciudadana en esos nuevos escenarios. Una advertencia en el mismo sentido es formulada por Ferreres, quien considera que el argumento de Sager tiene el potencial de desplazar la participación electoral a favor de la participación deliberativa. Por esta razón, señala que es necesario aclarar que la participación deliberativa también tiene un coste democrático y buscar un equilibrio adecuado entre las dos formas de participación. En sus propias palabras:

64 HÜBNER MENDES. *Constitutional Courts*, cit., p. 92.

65 MARTÍ, JOSÉ LUIS. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 226.

Los tribunales pueden ser mejores que las asambleas legislativas a la hora de valorar con cuidado los argumentos avanzados por un ciudadano, y de darles respuesta de manera articulada. Pero cuando se trata de decidir finalmente, una vez se ha clausurado el debate, los tribunales exhiben un déficit democrático en comparación con las asambleas legislativas [...]. Una cosa es destacar las virtudes democráticas del proceso judicial en términos de deliberación. Otra muy distinta es creer que esas virtudes tienen tanto peso como para neutralizar el coste que el control judicial significa desde un punto de vista electoral⁶⁶.

Además de ese matiz, ninguna de las tesis precedentes hace referencia específica a la influencia del diseño institucional del control de constitucionalidad, ni a su relación con el grado de deliberación o de representación argumentativa del *judicial review*. Sin duda alguna, se trata de una omisión relevante porque la configuración del control de constitucionalidad puede ser un factor determinante para potenciar o disminuir las propiedades deliberativas de los tribunales, construir el vínculo meritocrático o implementar el principio de igualdad de participación. Por esta razón, a continuación se establece la conexión entre el diseño institucional del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y las tesis de la representación argumentativa, deliberativa o meritocrática.

5. UN DISEÑO INSTITUCIONAL PARA LA REPRESENTACIÓN DELIBERATIVA, ARGUMENTATIVA O MERITOCRÁTICA

El argumento central de esta sección es que el acceso directo al control de constitucionalidad es el diseño institucional que optimiza las tesis de la representación argumentativa con un coste muy bajo para el principio de igualdad política. En efecto, sistemas, como el de la acción pública de constitucionalidad aparejan una concepción democrática del *judicial review* bajo la cual prevalece la confianza en la capacidad individual y se fomenta la participación ciudadana en los espacios de decisión. Sin necesidad de llegar al extremo de permitir que cualquier ataque de constitucionalidad carente

66 FERRERES COMELLA. “El control judicial”, cit., p. 367.

de fundamentos pueda poner en funcionamiento el mecanismo de control, el ciudadano es el encargado de activar el sistema de representación argumentativa o, en los términos de Kumm, de iniciar la conversación socrática.

En relación con el principio de igual participación democrática, que señala que todos los ciudadanos tienen un mismo derecho a que sus opiniones sean consideradas antes de tomar una decisión política, la acción pública de constitucionalidad se proyecta como una manifestación de ese principio en el ámbito del control de constitucionalidad porque confiere a todos los ciudadanos un igual derecho de agencia o de participación en el sistema de representación argumentativa.

De esta manera, el control de constitucionalidad con acceso directo se convierte en un escenario para hacer realidad uno de los pilares de la concepción deliberativa republicana. Uno de los principales elementos de esa teoría, como señala Martí, es que los ciudadanos “deben tener idealmente garantizada la posibilidad de participar en la toma de decisiones que afectan a todos o, en su defecto, y como mínimo, la posibilidad de discrepar, discutir y disputar las decisiones tomadas por sus representantes, obligándoles a cambiarlas si lo creen necesario”⁶⁷.

En ese marco, la mayor accesibilidad al control de constitucionalidad no es una invitación para que los ciudadanos sustituyan su interés por el proceso legislativo o abandonen su compromiso con el escrutinio de la actividad del gobierno. Por el contrario, la acción pública de constitucionalidad funciona como una garantía de que los ciudadanos participarán, controlarán y escrutarán la compatibilidad de las decisiones legislativas con los valores públicos de la constitución; con independencia de los factores que impiden la garantía efectiva de la igual capacidad de influencia en la adopción de esas decisiones.

En ese sentido, la acción pública de constitucionalidad articula perfectamente el objetivo de Alexy de conciliar las dos versiones de la democracia, la idea de Kumm de abrir un espacio para el diálogo socrático entre los ciudadanos y las autoridades, la visión de Pettit sobre la existencia de un conjunto de autoridades que son representantes debido a sus méritos y la

67 MARTÍ. *La república deliberativa*, cit., p. 248.

posición de Sager a favor de la apertura de los tribunales a los individuos cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados.

Adicionalmente, en relación con los otros diseños institucionales, la acción pública tiene la ventaja comparativa de ofrecer un grado menor de tensión con el principio de igualdad política porque cada uno de los ciudadanos tiene efectivamente el mismo derecho a acceder a la representación deliberativa. Estos elementos ubican al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad como un diseño deseable para abrir un espacio de representación argumentativa, deliberativa o meritocrática dentro de las democracias constitucionales. Y esto no es poco.

REFERENCIAS

- ALEXY, ROBERT. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, p. 13-64.
- ALEXY, ROBERT. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005, p. 572-581.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Carlos Bernal Pulido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, ROBERT. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, MIGUEL (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15-49.
- ALEXY, ROBERT. “The dual nature of law”, *Ratio Juris*, vol. 23, n.º 2, 2010, p. 167-182.
- BARAK, AHARON. “A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy”, *Harvard Law Review*, vol. 116, 2002-2003, p. 19-162.
- BARAK, AHARON. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BARAK, AHARON. “Proportionality (2)”, en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 738-755.

- BERNAL PULIDO, CARLOS. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 26, 2003, p. 225-238.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- DWORKIN, RONALD. “The forum of principle”, *New York University Law Review*, n.º 56, 1981, p. 469-518.
- DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, RONALD. *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, RONALD. “Igualdad, democracia y constitución. Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA, LEONARDO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 117-149.
- EISGRUBER, CHRISTOPHER. *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR. “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA, LEONARDO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 356-380.
- HAREL, ALON y KAHANA, TSVI. “The easy core case for judicial review”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n.º 1, 2010, p. 227-256.
- HÜBNER MENDES, CONRADO. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KUMM, MATTIAS. “Institutionalising socratic contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review”, *European Journal of Legal Studies*, n.º 1, 2007-2008, p. 153-183.
- KUMM, MATTIAS. “Democracy is not enough: rights, proportionality and the point of judicial review”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n.º 09-10, 2009, p. 1-38.

- KUMM, MATTIAS. "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n.º 2, 2010, p. 142-175.
- KUMM, MATTIAS. "Alexy's theory of constitutional rights and the problem of judicial review", en KLATT, MATTHIAS, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 201-218.
- KYRITSIS, DIMITRIOS. "Representation and Waldron's objection to judicial review", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, 2006, p. 733-751.
- MANIN, BERNARD. *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MONTEALEGRE, EDUARDO (coord.). *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- PETTIT, PHILIP. "Representation, responsive and indicative", *Constellations*, vol. 17, n.º 3, 2010, p. 426-434.
- PETTIT, PHILIP. "Varieties of public representation", en SHAPIRO, IAN (ed.), *Political Representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 61-89.
- PETTIT, PHILIP. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- PETTIT, PHILIP. "Meritocratic representation", en BELL, DANIEL y CHENYANG, LI (eds.), *The East Asian Challenge for Democracy: Political Meritocracy in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 138-159.
- PITKIN, HANNA FENICHEL. *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- ROA ROA, JORGE ERNESTO. *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

SAGER, LAWRENCE. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Aída Torres y Víctor Ferreres Comella (trads.), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

SAWARD, MICHAEL. *The Representative Claim*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SCHLINK, BERNHARD. “Proportionality (1)”, en ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 718-737.