

CONTROL JUDICIAL, REFORMA CONSTITUCIONAL Y DIÁLOGO INSTITUCIONAL. APUNTES CRÍTICOS AL MODELO COLOMBIANO DESDE UNA PERSPECTIVA DELIBERATIVA*

ANDRÉS DÍAZ DEL CASTILLO L. **

Presentado: febrero 17 de 2015 – Aprobado: abril 12 de 2015

Resumen

En este escrito se expondrán algunos rasgos característicos de la lógica institucional de los frenos y contrapesos en Colombia, a partir de la interacción que se presenta entre los ámbitos representativos y los ámbitos jurisdiccionales del poder Estatal, en razón de la actuación del control judicial de constitucionalidad y de la reforma constitucional en sede legislativa. Se argumentará que la lógica de esa interacción, aunque puede optimizar la acción de controles más o menos efectivos para evitar el decisionismo, lo hace a costa de limitar la eficacia de otros principios también valiosos para el sistema constitucional, como la legitimidad democrática y la colaboración armónica.

* Este artículo es un resultado parcial de una investigación que desarrolla el Observatorio en Derecho Constitucional del grupo Ratio Juris de la Universidad Autónoma Latinoamericana, en el marco de la fase de fundamentación del proyecto “Democracia Latinoamericana: las reformas constitucionales”. Investigador principal, Andrés Díaz del Castillo y coinvestigadora Carolina Restrepo Múnera. Una primera versión de este escrito se presentó como trabajo evaluativo y obtuvo la máxima calificación en el marco del Coloquio Doctoral de Investigación Jurídica 2014 dirigido por Roberto Gargarella y Marcelo Alegre, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Constitucional, en Derecho Procesal y Magíster en Derecho con Énfasis en Constitucional de la Universidad de Antioquia. Actualmente cursa materias válidas para Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de tiempo completo del Área de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo electrónico: aadress_cl@hotmail.com

Con base en ello, se sugerirá que una revisión crítica de algunas de las normas de distribución de competencia entre los órganos del poder público podría arrojar argumentos relevantes para la discusión sobre procedimientos de decisión más democráticos, en clave deliberativa.

Palabras clave: reforma constitucional, control constitucional, democracia deliberativa.

JUDICIAL CONTROL, CONSTITUTIONAL REFORM AND INSTITUTIONAL DIALOGUE. CRITICAL NOTES TO THE COLOMBIAN MODEL FROM A DELIBERATIVE PERSPECTIVE

Abstract

In this paper some features of the institutional logic of checks and balances in Colombia will be discussed, from the interaction that occurs between the representative areas and jurisdictions of state power, due to the performance of judicial constitutional and constitutional reform in legislative seat. It will be argued that the logic of that interaction, even if it can optimize the action of controls more or less effective to prevent decisionism does so at the cost of limiting the effectiveness of others principles that are valuable too for the constitutional system as democratic legitimacy and harmonic collaboration. Based on this, suggest that a critical review of some of the distribution rules of competition between public bodies, could shed relevant arguments for discussing about procedures of more democratic decision, in a deliberative key.

Keywords: constitutional reform, constitutional control, deliberative democracy.

JUDICIAIRE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE ET DIALOGUE INSTITUTIONNEL. MODÈLE COLOMBIEN NOTES CRITIQUES D'UNE VUE DÉLIBÉRATIF

Résumé

Dans cet article, certaines caractéristiques de la logique institutionnelle de freins et contrepoids en Colombie seront présentés, de l'interaction qui se produit entre les régions et les domaines de compétence du pouvoir d'Etat représentatifs, en raison des actions de l'examen judiciaire la réforme constitutionnelle et législative siège. Il a fait valoir que la logique de cette interaction, mais peut optimiser l'action des contrôles plus ou moins efficaces pour prévenir decisionismo, ce qui rend le coût de limiter l'efficacité d'autres principes aussi précieux pour le système constitutionnel, tels que la légitimité démocratique et la collaboration harmonica. Sur cette base, il suggère que l'examen critique de certaines des règles de répartition des compétences entre les organes de la puissance publique, pourrait donner des arguments importants pour la discussion des procédures de prise de décision plus démocratiques, dans la clé délibérative.

Mots-clés: réforme constitutionnelle, contrôle constitutionnel, la démocratie délibérative.

CONTROLLO GIUDIZIALE, RIFORMA COSTITUZIONALE E DIALOGO ISTITUZIONALE. NOTE CRITICHE AL MODELLO COLOMBIANO UNA PROSPETTIVA DELIBERATIVA

Riassunto

In questo documento saranno tratti alcuni caratteristici della logica istituzionale dei pesi e contrappesi in Colombia, dall'interazione che si verifica tra le zone rappresentative e il giurisdizionale del potere statale, In ragione della attuazione del controllo giurisdizionale di costituzionalità e della riforma costituzionale in sede legislativa. Se sostengono che la logica di tale interazione, anche se è possibile otti-

mizzare l'azione di controlli più o meno efficaci per prevenire il decisionismo, rende a scapito di limitare l'efficacia di altri principi anche mirabili per il sistema costituzionale, come la legittimità democratica e la collaborazione armonica. Basato su quello, se suggerirà che una revisione critica di alcune delle regole di distribuzione della competenza tra gli organi del potere pubblico, potrebbe cedere argomenti pertinenti alla discussione sulle procedure di decisione più democratiche, in chiave deliberativa.

Parole chiave: riforma costituzionale, controllo costituzionale, democrazia deliberativa.

CONTROLE JUDICIÁRIO, A REFORMA CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL. APONTAMENTOS CRÍTICOS AO MODELO COLOMBIANO DESDE UMA PERSPECTIVA DELIBERATIVA

Resumo

Neste artigo irão ser expostos alguns rasgos característicos da lógica institucional dos limites e contrapesos na Colômbia, a partir da interação apresentada entre os âmbitos representativos e os âmbitos de jurisdição do poder Nacional, respeito do controle judiciário de constitucionalidade e da reforma constitucional no poder legislativo. Será argumentado que a lógica dessa interação, ainda que possa aperfeiçoar a ação de controles mais ou menos efetivos para evitar decisões extremas, isso se faz limitando a eficácia de outros princípios também valiosos para o sistema constitucional, como a legitimidade crítica de algumas das normas de distribuição de competência entre os órgãos do poder público, poderia mostrar argumentos relevantes para a discussão sobre procedimentos de decisão mais democráticos, em chave deliberativa.

Palavras chave: reforma constitucional, controle constitucional, democracia deliberativa.

INTRODUCCIÓN

El modelo constitucional colombiano basa su lógica de organización estatal en la separación de funciones entre los distintos órganos del Estado art. 113 de la Constitución Política de Colombia (en adelante CP). Esto implica no sólo la existencia de pluralidad de órganos con competencias propias y tendencialmente excluyentes, sino también cierto grado de autonomía para su ejercicio.

Esta idea de separación orgánica de funciones concurre con una lógica de control inter-organico recíproco, basada en la teoría de los frenos y contrapesos. Esto implica que los órganos estatales no sólo deben asumir las competencias propias de su función, sino que también están llamados a ejercer ciertas competencias de control frente al poder de decisión de los otros órganos.¹

El control judicial de constitucionalidad es una de las principales manifestaciones de esa lógica de organización estatal basada en los frenos y contrapesos. Un órgano jurisdiccional, la Corte Constitucional, tiene la potestad de declarar inexecutable las leyes, e incluso las reformas constitucionales, cuando considere que son contrarias al ordenamiento constitucional –art. 241 CP–.

Las decisiones que expide la Corte Constitucional en ejercicio de su potestad de control hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Esto implica que ninguna autoridad (el Congreso incluido) podría reproducir el contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Constitución las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración –art. 243 CP–.

Esa prohibición, que sin duda busca garantizar la efectividad de las decisiones de inexecutable que toma la Corte, concurre con un procedimiento flexible de reforma constitucional –art. 375 CP–, que potencialmente faculta al Congreso de la República para reintroducir, mediante acto legislativo, las disposiciones normativas de rango legal que sean anuladas por

¹ Por ejemplo, en tanto órgano legislativo, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes; sin embargo, el Congreso también debe ejercer una función de control político sobre el gobierno y la administración, a través de figuras como la rendición de cuentas y la moción de censura –arts. 114, 135.8 y 135.9 CP–. Por su parte, aunque al presidente se le asignan principalmente funciones como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa –arts. 115 y 189 CP–, también tiene competencias específicas de control, como objetar los proyectos de ley cuando los considere inconvenientes o inconstitucionales –art. 166 CP–.

la Corte, con la correlativa disminución en la intensidad del control constitucional que puede ejercerse sobre este tipo de actos: “sólo por vicios de procedimiento en su formación” –art. 241.1 CP–.

El entramado de competencias que permite la reintroducción de normas declaradas inexecutable bajo la forma constitucional puede ser objeto de diversos análisis, dependiendo del enfoque teórico que se asuma. En efecto, un estudio crítico centrado en el problema de la autoridad se preguntaría cuál órgano, entre la Corte Constitucional a través del control de constitucionalidad y el Congreso a través de la reforma constitucional, tiene mejores credenciales para decir la última palabra en caso de que haya disparidad en sus criterios.

Sin embargo, este artículo no pretende profundizar en el problema de la autoridad sino analizar críticamente las calidades democrático-deliberativas del *procedimiento*; esto es, si la serie compleja de actos que sigue la ruta ley–sentencia declaratoria de inexecutable–reforma constitucional, apunta a la consecución de estándares deliberativos de legitimidad democrática.

Para el efecto se seguirá el siguiente camino argumentativo a) en primer lugar, se intentará caracterizar el enfoque deliberativo que sirve de fundamento al planteamiento crítico; b) después, se plantearán dos casos en los que una norma de rango legal que fue declarada inexecutable, se reintroduce parcialmente al ordenamiento como reforma constitucional; c) a partir de tales casos, se analizarán las calidades dialógicas de esa interacción institucional, tomando como referentes algunas disposiciones normativas de la Constitución, así como algunos postulados de la teoría democrática; d) por último, se incluirán sugerencias de revisión normativa, con el fin de ampliar la legitimidad democrática del procedimiento y potencializar la colaboración armónica.

EL ENFOQUE DELIBERATIVO

El análisis crítico del problema que se presentará a continuación se realiza desde un enfoque cercano a las teorías deliberativas de la democracia. Por ello, resulta pertinente explicitar algunas premisas normativas de ese enfoque.²

2 El grueso de las ideas que a continuación se exponen ya han sido publicadas en trabajos anteriores de mi autoría, especialmente en el libro *Influjo deliberativo de la democracia constitucional* (2014) y el artículo “Aproximación al concepto de democracia deliberativa” (2013: 77-104). En esos trabajos el lector podrá encontrar una exposición ampliada de las ideas que a continuación se presentan, con sus respectivas fuentes bibliográficas. Se incluye este capítulo en el presente escrito por sugerencia del evaluador.

Nociones preliminares

Según Bohman, la expresión “democracia deliberativa” –“deliberative democracy”– fue acuñada en la década de los ochenta por el profesor norteamericano Joseph M. Bessette, en su texto *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government* (Bohman, 1997).³

Esta concepción propone una alternativa a la visión liberal y elitista de la democracia, donde la política se asimila al mercado en la medida que compiten intereses contrapuestos representados por personas especialmente cualificadas para ello, y el papel del ciudadano del común se limita a la participación a través del voto para elegir a tales representantes. Por el contrario, la propuesta deliberativa implicaría la ampliación de las bases de participación de los ciudadanos, propiciando espacios de debate directo, público e institucionalizado a través de foros, asambleas y organizaciones, con la aspiración de regular la sociedad.

The theoretical critique of liberal democracy and revival of participatory politics gradually developed through the 1970s. It was only in the 1980s, however, that a concept of deliberative democracy began to take denote shape. The term “deliberative democracy” seems to have been first coined by Joseph Bessette, who argued against elitist (or “aristocratic”) interpretations of the Constitution. Bessette’s challenge joined the chorus of voices calling for a participatory view of democratic politics. These theorists questioned the key assumptions underlying the earlier economic and pluralist models: that politics should be understood mainly in terms of a conflict of competing interests and thus in terms more of bargaining than of public reason; that rational-choice frameworks provide the model for rational decision making; that legitimate government minimalist, dedicated to the preservation of the negative liberty atomic individuals; that democratic participation reduces to voting; and so on. In a more positive vein, they took their cue from a of deliberative contexts and motifs: direct democracy, town-meetings and small organizations, workplace democracy, mediated forms of public reason among citizens with diverse moral doctrines, voluntary associations, and deliberative constitutional and judicial practices regulating society as a whole, to name just a few (Bohman, 2000: XII y XIII).⁴

3 El texto de Bessette no fue directamente consultado porque no pudo encontrarse.

4 “La crítica teórica de la democracia liberal y el renacimiento de la política participativa se desarrolló gradualmente a través de la década de 1970. No fue sino hasta la década de 1980, sin embargo, que el

El mismo Bohman ofrece una definición básica de democracia deliberativa cuando señala que esa expresión se refiere a un ideal de legitimación en la toma de decisiones legislativas, que proviene de la deliberación pública y racional de los ciudadanos: “Deliberative democracy refers to the idea that legitimate lawmaking issues from the public deliberation of citizens. As a normative account of legitimacy, deliberative democracy evokes ideals of rational legislation, participatory politics, and civic self-governance. In short, it presents an ideal of political autonomy based on the practical reasoning of citizens” (Bohman, 1997: ix).⁵

Por su parte, Jhon Elster propone una definición macro de la democracia deliberativa como un “proceso de toma de decisiones (colectivas) a través de la discusión entre ciudadanos libres e iguales”. Para este autor, la discusión tiene por objeto la transformación (y no la simple acumulación, como ocurre desde la perspectiva agregativa) de las ideas previas (o preferencias) de las personas que participan en ella, con el fin de llegar a decisiones colectivas razonables.

Elster, identificando elementos comunes a las distintas variantes de las teorías deliberativas de la democracia, descompone la expresión para su análisis. El elemento *democrático* implica que las decisiones colectivas se tomen con la participación de todos los que han de ser afectados por ellas, o por sus representantes. El elemento *deliberativo*, por su parte, supone que tales decisiones sean producto del intercambio de argumentos ofrecidos *por* y *para* los participantes, siempre bajo el compromiso de la racionalidad y la imparcialidad (Elster, 2001:13).

concepto de democracia deliberativa comenzó a denotar forma. El término ‘democracia deliberativa’ parece haber sido acuñado por Joseph Bessette, quien argumentó en contra de las interpretaciones elitistas (o ‘aristocráticas’) de la Constitución. El desafío de Bessette se unió al coro de voces que piden una visión participativa de la política democrática. Estos teóricos cuestionaron los supuestos clave que subyacen a los modelos económicos y pluralistas anteriores: que la política debe ser entendida principalmente en términos de un conflicto de intereses en competencia y por lo tanto en términos de la negociación más que de la razón pública; que los marcos de la elección racional proporcionan el modelo para la toma de decisión racional; de gobierno legítimo, dedicada a la preservación de los individuos atómicos de libertad negativa; la participación democrática se reduce a la votación; etcétera. De manera más positiva, tomaron el ejemplo de contextos deliberativos y los motivos: la democracia directa, ciudad-reuniones y pequeñas organizaciones, la democracia del lugar de trabajo, formas mediadas de la razón pública entre los ciudadanos con diversas doctrinas morales, asociaciones voluntarias y de deliberación constitucional y prácticas judiciales que regulan la sociedad en su conjunto, por nombrar sólo unos pocos”.

- 5 “La democracia deliberativa se refiere a la idea de los asuntos legislativos legítimos de la deliberación pública de los ciudadanos. Como cuenta normativa de legitimidad, la democracia deliberativa evoca los ideales de la legislación racional, la política participativa y el autogobierno cívico. En definitiva, se presenta un ideal de autonomía política basada en el razonamiento práctico de los ciudadanos”.

Es de anotar que esta definición básica de Elster es retomada por el profesor Roberto Gargarella, como base de su desarrollo conceptual sobre la democracia deliberativa (Gargarella, 2011).

Joshua Cohen también postula una noción básica de la categoría cuando señala que la democracia deliberativa es un ideal de gobierno en el cual cada sociedad toma sus decisiones a través de la deliberación pública de sus miembros. Para este autor, el ideal democrático tendría un valor fundamental y autónomo en este tipo de sociedades, y por tanto no se derivaría de otros valores como la imparcialidad o el tratamiento igualitario de las distintas consideraciones. “By a deliberative democracy I shall mean, roughly, an association whose affairs are governed by the public deliberation of its members. I propose an account of the value of such an association that treats democracy itself as a fundamental political ideal and not simply as a derivative ideal that can be explained in terms of the values of fairness or equality of respect” (Cohen, s.f.).⁶

Este ideal democrático sería posible si el procedimiento de toma de decisión tuviera las siguientes características: a) basarse en un esquema de deliberación predominantemente *argumentativo*; es decir, un mecanismo de intercambio de propuestas razonables sujetas a crítica; b) ser un procedimiento público e incluyente; c) libres de coerciones exógenas; d) donde los participantes sean considerados como iguales, lo que implica igualdad en la oportunidad para realizar proposiciones y críticas; e) la deliberación está sometida a límites temporales que obligan a decidir, por ello, en caso de desacuerdos persistentes implica la adopción de la opinión de la mayoría – falible– como “base racional de una praxis común”; f) la deliberación puede incluir todos los temas que sean de interés general y g) incluye dentro de sus objetivos la transformación de las preferencias exógenas de los participantes (Cohen, s.f.).⁷

En la discusión-teoría alrededor de las concepciones deliberativas de la democracia han sido especialmente influyentes las ideas de Habermas y Rawls. A continuación se presenta un breve resumen de esas concepciones.⁸

6 “Por una democracia deliberativa voy a decir, más o menos, una asociación cuyos asuntos se rigen por la deliberación pública de sus miembros. Propongo una cuenta del valor de dicha asociación que trata a la democracia como un ideal político fundamental y no simplemente como un ideal derivado que puede ser explicado en términos de los valores de la justicia o la igualdad de respeto”.

7 Estos puntos son también desarrollados y expuestos por Habermas (1998: 237-239).

8 Los textos que servirán de base para ese desarrollo son: Rawls (1995 y 2006) y Habermas (1998). Sobre la relevancia de estos autores en la construcción teórica de la categoría pueden consultarse, a manera de ejemplo, a Elster (2001: 13) y Mejía (2010: 43-79).

La democracia consensual de Rawls

La democracia consensual es la propuesta de un sistema político deontológicamente incluyente, elaborada por Rawls en su texto *Liberalismo político*. El filósofo norteamericano parte de un hecho que puede considerarse como autoevidente: las sociedades contemporáneas están compuestas por personas y grupos con diversidad de concepciones e intereses; tal diversidad implica un desacuerdo persistente en cuanto a valores, estilos de vida, posiciones políticas, filosóficas, religiosas, etcétera, que no tienden a la convergencia. En palabras de Rawls, los ciudadanos se adhieren a *doctrinas comprensivas* diversas.

[U]na sociedad democrática moderna se caracteriza no sólo por la pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí. Ninguna de estas doctrinas cuenta con el consenso de los ciudadanos en general. Ni tampoco debiéramos suponer que un futuro previsible una de ellas, o alguna otra doctrina razonable, algún día sea suscrita por todos o casi todos los ciudadanos de una sociedad (Rawls, 1995: 11-12).

Sin embargo, en un contexto democrático tales personas se reconocen como libres e iguales, y están interesadas en cooperar en el marco de una cultura tolerante que se levanta sobre la base de instituciones abiertas y estables. Al hecho de que existan personas y grupos que se adhieren a perspectivas de valor distintas, todas ellas sin embargo razonables en tanto dispuestas e interesadas en convivir con otras personas que se adhieren a comprensiones diversas, sin por ello renunciar a la elaboración de un marco favorable para la consecución de los fines particulares, Rawls lo denomina *pluralismo razonable*.

Aceptar la concurrencia de doctrinas comprensivas divergentes y asumir el pluralismo razonable implica descartar una adhesión colectiva irrestricta a una doctrina comprensiva particular. Consecuencialmente, implica también descartar la utilización del poder estatal para que todos acaten determinada doctrina. Siendo así, surge el problema de cómo lograr una sociedad bien ordenada, con instituciones estables, donde los ciudadanos puedan adherirse a concepciones divergentes.

Para el efecto, Rawls introduce la idea de *consenso entrecruzado* (*traslapado*) como un consenso político entre las diversas doctrinas com-

prensivas con el fin de fundar la unidad social, elaborado de tal manera que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir a él, “a la luz de su razón humana común”.

For the mature Rawls (and perhaps too for the Rawls of *A Theory of Justice*), all ethico-political justification, in public contexts, is unavoidably politically rather than epistemologically based. It is based, in other words, on an overlapping consensus of the main substantive ethico-political doctrines current in a community. (The consensus is not a *modus vivendi*, on Rawls's account; it is a principled basis for collective life and it depends, in effect, on there being a morally significant core of commitments common to the “reasonable” fragment of each of the main comprehensive doctrines in the community.) Absent such a basis for consensus, there is no possibility of discovering, via reflective equilibration, principles of justice which can, because there is adequate up-take, effectively regulate interactions between and distributions to the members of the community. And since such disagreement would make improbable any uncoerced acceptance of some epistemologically sanctioned set of principles, no voluntaristic basis for social justice could be found in this community—even if an objective basis could be—. [...] If we cannot develop ethico-political principles of right and justice on a teleological basis, then how can we do so? According to Rawls, we can do so via original position argumentation, framed with considerations of reflective equilibrium. That is right and just which would be acknowledged as such from the point of view of the original position. And what makes being acknowledged from this point of view the right-maker for principles of justice? Because this point of view is the appropriate one for determining principles of justice, on account of its reflecting the community's existing concept of justice—on account of its reflecting their overlapping consensus of views about justice— (D'agostino, s.f.).⁹

9 “Para el Rawls maduro (y tal vez también para el Rawls de *Una Teoría De Justicia*), toda justificación ético-política, en contextos públicos, es inevitablemente política en lugar de basarse epistemológicamente. Se basa, en otras palabras, en un consenso traslapado de las principales doctrinas ético-políticas sustantivas actuales en una comunidad. (El consenso no es un *modus vivendi*, en la cuenta de Rawls, es una base de principios para la vida colectiva y depende, en efecto, de la existencia de un núcleo moralmente significativo de compromisos comunes al fragmento de ‘razonable’ de cada una de las principales doctrinas en la comunidad). En ausencia de tal base de un consenso, no existe la posibilidad de descubrir, a través del equilibrio reflexivo, principios de justicia que pueden, porque hay una adecuada aceptación, regular de manera efectiva las interacciones y distribuciones entre los miembros de la comunidad. Y como tal desacuerdo haría improbable la aceptación sin coacción de algún conjunto epistemológicamente sancionado de

Este consenso se basa en *valores políticos* de justicia (como imparcialidad) tales como la libertad equitativa en lo político y en lo civil, la igualdad de oportunidades para todos, los valores de reciprocidad económica y el mutuo respeto entre los ciudadanos.

La *razón pública*, concepción política de la justicia públicamente concertada, es el resultado de éste último procedimiento. Es una razón que se manifiesta coactiva y políticamente con la producción de normas, siendo el Tribunal Constitucional su principal expresión, en tanto guardián y defensor del consenso político.

La democracia discursiva de Habermas

La propuesta habermasiana de democracia es una reacción a la concepción liberal de la democracia agregativa, basada en el voto y en la regla de la mayoría. El ideal deliberativo que se opone a esa visión busca justificar y operacionalizar el ideal de la soberanía popular –en tanto expresión de la deliberación de todos–, presuponiendo que las decisiones en clave de consensos colectivos no sólo son posibles sino necesarias para poder ser calificadas como legítimas, aún en sociedades complejas.

Habermas se preocupa por la *fundamentación racional de las reglas del juego democrático*; es decir, por ofrecer “un concepto procedimental de la democracia” (Habermas, 1998: 363). Para ello sigue la siguiente línea argumentativa:

- Identifica que en el marco propio de la democracia convencional –agregativa– la legitimación del gobierno democrático se da mediante el voto, atendiendo la regla de las mayorías.
- Señala que si la visión normativa de democracia es el ideal de la soberanía popular, el voto es insuficiente para legitimar las deci-

principios, hay una base voluntarista por la justicia social que se pudo encontrar en esta comunidad –incluso si una base objetiva podría ser–. [...] Si no podemos desarrollar principios ético-políticos de la derecha y de la justicia en una base teleológica, entonces ¿cómo podemos hacerlo? Según Rawls, podemos hacerlo a través de la argumentación en posición original, enmarcada con las consideraciones de equilibrio reflexivo. Eso es correcto y justo que se reconoció como tal desde el punto de vista de la posición original. Y ¿Qué hace que sea reconocido desde este punto de vista del derecho de decisiones de los principios de la justicia? Debido a que este punto de vista es el apropiado para determinar los principios de justicia, a causa del reflejo del concepto existente de la comunidad de la justicia –a causa de su reflejo en el consenso superpuesto de puntos de vista acerca de la justicia–”.

siones colectivas, en tanto se impone la decisión mayoritaria y no la de *todos* los que serán afectados por ella.

- Como alternativa propone un *procedimiento* ideal para la deliberación y la toma de decisiones colectivas.
- Ese procedimiento conjuga consideraciones pragmáticas, compromisos, discursos de autocomprensión y de justicia. La razón práctica en la teoría del discurso deja a un lado concepciones fundamentales sustanciales (derechos humanos, ética de un pueblo) para dar prioridad a las reglas del discurso y de la argumentación.

La teoría democrática deliberativa afirma que el proceso de decisión del gobierno tiene que –para ganar legitimidad– sustentarse en la deliberación de los individuos racionales en foros amplios de debate y negociación. Esa deliberación no resulta de un proceso agregativo de las preferencias fijas e individuales sino de un proceso de comunicación, en espacios públicos, que antecede y auxilia la propia formación de los ciudadanos (Feres, 2000: 58-75).

La operacionalización del procedimiento ideal de deliberación y toma de decisión (políticas deliberativas) depende: a) de la institucionalización de los procedimientos y condiciones de comunicación –desde donde se toman las decisiones vinculantes– y b) la interrelación de los procesos deliberativos institucionalizados, con espacios públicos informales de generación de las opiniones –sindicatos, grupos de opinión, agremiaciones etc.–.

En efecto, Habermas diferencia dos espacios de formación de la opinión pública y de la voluntad, uno informal y otro formal.

El aspecto informal es un espacio público de opinión conformado por los ciudadanos en general. Se trata de una red abierta e inclusiva que se forma espontáneamente, en un marco de garantía de los derechos fundamentales, donde hay un flujo de opiniones e intereses diversos e incontrolados. En este ámbito se descubren e identifican los problemas colectivos que finalmente serán identificados y resueltos en un espacio institucional. Se trata de un “contexto de descubrimiento” no restringido, y por tanto más sensible al surgimiento de nuevas problemáticas.

La formación de la opinión desligada de la toma de acuerdos o decisiones se efectúa en una red abierta e inclusiva de espacios públicos subculturales que se solapan unos con otros, con límites temporales,

sociales y objetivos fluidos [...]. Las corrientes de comunicación en principio ilimitadas fluyen a través de los espacios públicos organizados en el interior de las distintas asociaciones, los cuales constituyen a su vez ingredientes informales del espacio público general (Habermas, 1998: 385).

Por su parte, el *ámbito formal* es un espacio institucionalizado y restringido para la toma de decisiones –parlamento, gobierno etc.– en el marco del cual a través de procedimientos democráticos –discusión racional pública con límites en el tiempo y en la composición de los participantes– se propende por la solución cooperativa de problemas prácticos. En este ámbito, el objetivo es seleccionar asuntos problemáticos y ofrecer soluciones razonables y cooperativas de los problemas previamente identificados en la esfera informal, en forma justificada.

Así, para Habermas, el sistema político debe estar ligado a las redes periféricas de la esfera pública política por medio de un flujo de comunicación que parte de redes informales de esa esfera pública, se institucionaliza por medio de los cuerpos parlamentarios y toca el sistema político influyendo en las decisiones tomadas.

Las decisiones políticas serán legítimas si reflejan la voluntad colectiva organizada a través de foros públicos de debate.

La imagen que Habermas nos ofrece para explicar los procesos de comunicación y decisión del sistema político es aquella que retrata una relación de tipo centro-periferia. En el centro se localiza la administración, el juez y la formación democrática de la opinión y la voluntad (parlamento, elecciones políticas, partidos), que forman el núcleo del sistema político; en la periferia se encuentra la esfera pública compuesta por asociaciones formadoras de opinión, especializadas en temas y en ejercer influencia pública (grupos de interés, sindicatos, asociaciones culturales etc.) (Feres, 2000: 60).

Otros aportes importantes

Otros autores han hecho importantes aportes a la construcción de un concepto prescriptivo de la democracia deliberativa. Nino, por ejemplo, señala que la democracia deliberativa es superior a la agregativa, en tanto posee valor epistémico respecto a la verdad moral intersubjetiva. Un espacio ideal para el intercambio racional de argumentos entre individuos interesa-

dos en encontrar soluciones correctas será un ámbito mucho más efectivo para hallarlas que la reflexión individual y aislada de una persona sabia y bien intencionada, o la simple agregación de voluntades e intereses exógenos de los participantes en un foro (Nino, 1997).

Cohen, por su parte, después de haber postulado algunos elementos necesarios para la deliberación democrática, reivindica para esta concepción elementos sustantivos que le son ínsitos, dejando a un lado las propuestas formalistas que parecen ver en la democracia un asunto de simple método. En efecto, sostiene que una visión deliberativa de la democracia debe tomarse en serio la exigencia de igualdad, otorgando igual peso a las distintas preferencias de los participantes; ello significa que, para tomar una decisión contraria a los intereses de una minoría, no basta la simple votación mayoritaria sino que es necesario ofrecer razones que resulten aceptables para esa minoría. Como se señaló en su momento, “Aunque no se llegue a la unanimidad y haya que acudir a la regla de la mayoría, se trata de que el contradictor vencido pueda decir: discrepo, pero acepto que hay argumentos razonables para adoptar esa decisión” (Cohen, 2000: 24-47 y s.f.).

Bohman propone un giro pragmático para la teoría deliberativa que, en lugar de juzgarse con base en patrones exógenos de verdad, debería poder valorarse por su capacidad real de producir acuerdos cooperativos ante situaciones problemáticas. Se trata de dar preeminencia a la democracia sobre la filosofía. Para ello, identifica básicamente dos presupuestos de la discusión: el de inclusión deliberativa y la exigencia de publicidad de los argumentos. Si con base en estos supuestos pueden lograrse tales acuerdos los demás aspectos ideales resultan, para este autor, irrelevantes (Bohman, 2000: 48-57 y 1997).

EL ENFOQUE DELIBERATIVO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

Como ya se advirtió, en este trabajo se pretende exponer algunos rasgos característicos de la lógica institucional de los frenos y contrapesos en Colombia, a partir de la interacción que se presenta entre los ámbitos políticos y los ámbitos jurisdiccionales del poder Estatal, en razón de la actuación del control judicial de constitucionalidad y de la reforma constitucional en sede legislativa, desde un enfoque crítico cercano a las teorías deliberativas de la democracia.

Según estas concepciones deliberativas de la democracia ya expuestas, una decisión es democrática si es el producto de un proceso de deliberación pública adecuado; es decir, un procedimiento decisorio discursivo que cumple ciertas calidades y condiciones mínimas (Habermas, Cohen),¹⁰ con el fin de garantizar la participación colectiva de quienes puedan verse afectados con la decisión, de la forma más incluyente, pública y razonable que sea posible.

Ahora bien, mi interés es sugerir que el sistema de frenos y contrapesos en Colombia obstaculiza, más que propicia, la consecución de los estándares deliberativos de legitimación democrática (es decir, una participación colectiva de quienes puedan verse afectados con la decisión, de la forma más incluyente, pública y razonable que sea posible), al menos en lo que respecta a cierta manifestación de la interacción entre los más importantes poderes institucionales, políticos (Gobierno y Congreso) y jurisdiccionales (Corte Constitucional).

Concretamente me interesa cuestionar las calidades dialógico-democráticas de esa interacción a través de la siguiente consideración crítica: la organización estatal, basada en el sistema de frenos y contrapesos, no está pensada para promover el diálogo incluyente, público y racional con amplia participación ciudadana –ideal normativo de las concepciones deliberativas de la democracia–, sino para que las decisiones y los respectivos controles orgánicos las tomen y las realicen las élites representativas y judiciales del sistema. Estos arreglos institucionales antagónicos y elitistas se corresponden con concepciones igualmente elitistas de la política,¹¹ lo que es un rasgo común tanto del liberalismo como del conservadurismo en nuestro continente americano: mantener a la colectividad de los ciudadanos lo más lejos posible de los ámbitos públicos de decisión.

Por último, conviene aclarar que no es objeto de este trabajo analizar las credenciales deliberativas de la función legislativa o constituyente que ejerce el Congreso de la República, ni tampoco de la función jurisdiccional de control que ejerce la Corte Constitucional. Mi interés es visibilizar la interacción que se presenta entre esos órganos a propósito del control de constitucionalidad y denunciar las escasas credenciales dialógicas de esa interacción institucional.

10 Esas condiciones fueron mencionadas en el segmento “Nociones preliminares” de este mismo texto.

11 Un estudio sobre el elitismo político en Latinoamérica se encuentra en Gargarella (2005). Para el caso colombiano, el elitismo conservador y liberal y sus consecuencias en nuestro modelo constitucional puede consultarse a Valencia (2010).

Dos casos

1. En el año de 1988, mediante decreto extraordinario 2550, el presidente Barco expidió el Código Penal Militar. El artículo 656 de ese decreto, que regulaba la composición de uno de los Consejos Verbales de Guerra (un tribunal especial con competencia para juzgar penalmente a los miembros de la fuerza pública en ciertos casos) señalaba que “los vocales y el fiscal deben ser oficiales en servicio activo” de la fuerza pública.

Después de promulgada la Constitución de 1991, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-141 de 1995, a través de la cual declaró inexecutable la expresión citada en el primer párrafo, argumentando que la presencia en estos tribunales de funcionarios jurisdiccionales que a la vez podían ser oficiales activos sometidos al deber de obediencia a sus superiores, comprometía la imparcialidad, la independencia y la autonomía que debe tener cualquier órgano con función jurisdiccional.

El mismo año de 1995, mediante Acto Legislativo 02, el Congreso de la República modificó el artículo 221 de la Constitución Política, enunciado que prevé la existencia de tribunales penales militares, con el fin de incluir expresamente en la disposición constitucional que éstos estarían “integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. Esto le permitiría al órgano legislativo, posteriormente, con la expedición de una nueva codificación –ley 522 de 1999–, ordenar la composición de esos tribunales con oficiales activos, aclarando que “en ningún caso podrán ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento” –art. 214–.

2. El artículo 51 del Estatuto Nacional de Estupeficientes –ley 30 de 1986– señalaba que el porte, la conservación para el consumo o el consumo de cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, aún en cantidad considerada como dosis personal –según lo dispuesto en el artículo 2 del mismo estatuto–, eran contravenciones que debían ser sancionadas con pena de arresto o internamiento forzado en un centro de rehabilitación.

Mediante sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable esa disposición, por considerar que la penalización del consumo de drogas era contraria a varios enunciados normativos de derecho fundamental previstos constitucionalmente, en especial aquellos que protegen la autonomía individual.

Aunque en las sucesivas legislaturas y gobiernos se presentaron discusiones en torno al tema del consumo y porte de la dosis personal, fue durante el mandato sucesivo de Uribe Vélez (2002-2010), con el apoyo de la bancada de gobierno en el Congreso, que se regresó a la prohibición.

Los primeros intentos para el efecto estuvieron dirigidos a reformar el artículo 16 de la Constitución –que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad–, con el fin de introducir un fundamento constitucional limitativo de la autonomía, que habilitara al legislador para prever sanciones no privativas de la libertad bajo el supuesto del consumo y el porte de las drogas.¹² No obstante, tales intentos de reforma no serían aprobados, en parte por el eco que en la sede legislativa tuvo el tratamiento que venían dando al tema tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia que, al resolver casos concretos, habían considerado el consumo (y el porte para consumo) como una manifestación válida de la autonomía; a la adicción, como una enfermedad; en cualquier caso, escenarios que escapan a la acción punitiva del Estado.¹³

-
- 12 Uno de tales intentos se realizó mediante un referendo constitucional en el año 2003, donde se “incluyó el tema de la sanción del porte y consumo de la dosis mínima con la introducción de una pregunta del referendo que, de ser aprobada, incluiría una reforma del artículo 16 de la Constitución sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En dicha pregunta se establecía que para prevenir la adicción y para recuperar a los adictos se, ‘...sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes’. Esta pregunta del referendo fue declarada inconstitucional en la sentencia C-551 de 2003, por violación del principio de publicidad”. Posteriormente, se presentaron varios proyectos de reforma constitucional mediante acto legislativo, tendientes a modificar el artículo 16 de la Constitución Política. Tales proyectos, no obstante, no fueron aprobados por el Congreso. En la sentencia C-574 de 2011, acápite 5.1 de las consideraciones (de donde se toma el apartado entre comillas), la Corte Constitucional realiza un recuento histórico de los intentos de reforma constitucional emprendidos durante el gobierno Uribe para la penalización del consumo de la dosis personal.
- 13 Resolviendo el caso de una persona que fue capturada portando 1,3 gramos de cocaína, la Corte Suprema de Justicia señaló: “llevar consigo” dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes no es penalizable [...] el consumo de dosis mínima o autoconsumo se constituye en un comportamiento autodestructivo o de autolesión el cual incumbe los ámbitos exclusivos de

Sin embargo, mediante Acto Legislativo 02 del 2009, el Congreso de la República aprobó una reforma constitucional al artículo 49 de la Constitución Política –vinculado con las obligaciones del Estado en torno a la salud pública–, que aunque introduce la prohibición del porte o consumo “de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, salvo prescripción médica, sólo autoriza al legislador a tomar medidas de carácter “pedagógico, profiláctico o terapéutico” que requieren “el consentimiento informado del adicto”.¹⁴ Es decir, que queda proscrita al menos formalmente la persecución punitiva por esas conductas.

Es de anotar que la reforma fue objeto de control y hallada exequible por la Corte Constitucional (sentencia C-882 de 2011).

¿UN MODELO DIALÓGICO?

Los ejemplos parecen mostrar una suerte de “diálogo institucional” que sigue este camino: los órganos políticos (Gobierno, Congreso) expiden una norma de jerarquía legal que es declarada inexecutable por el órgano jurisdiccional de control (la Corte Constitucional). Posteriormente, la norma se reinserta al ordenamiento como reforma constitucional (por los órganos políticos), intentando modificar o moderar los elementos normativos que dieron lugar a la declaración de inexecutable.¹⁵

la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible”. Proceso número 31531 de 2009.

14 El texto de la reforma es el siguiente: ARTÍCULO 1.º: El artículo 49 de la Constitución Política quedará así: “[...] El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.// Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

15 En el ordenamiento colombiano este fenómeno está allanado por el sistema de distribución de competencias, y específicamente por: a) la potestad de la Corte Constitucional para ejercer control a las normas con jerarquía de ley, pudiendo declarar su inexecutable en caso de encontrar vicios de inconstitucionalidad –art. 241 CP–; b) el sello de cosa juzgada constitucional que le impide al Congreso, y a cualquier otra autoridad, “reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” –artículo 243

A primera vista, podría pensarse que el proceso descrito es un ejemplo de *transformación de preferencias*, donde las partes en discusión (Congreso y Gobierno, por un lado, y Corte Constitucional por el otro) moderan sus posiciones originales tomando en cuenta las razones del interlocutor, para llegar a decisiones más razonables, reflexivas e incluyentes.¹⁶

Así, en el ejemplo 1, aunque los tribunales militares finalmente estarían conformados por oficiales en servicio activo, éstos no podían ejercer coetáneamente labores de comando, en un intento por preservar su imparcialidad; en el ejemplo 2, aunque se reinsertó la prohibición del consumo de drogas que faculta al Estado a tomar medidas preventivas, profilácticas y terapéuticas para combatirlo, la persecución penal al consumidor quedó proscrita.

Sin embargo, mirando de cerca, se encuentra que esta especie de “diálogo”, paradójicamente, se vale de instituciones que no han sido pensadas para promover un entendimiento dialógico interorgánico sino para adoptar decisiones unilaterales basadas en la autoridad: el control constitucional jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional y el ejercicio del poder constituyente derivado por el Congreso de la República.

En efecto, la potestad jurisdiccional de inaplicar o anular normas de creación legislativa del ordenamiento jurídico –art. 241 CP–, al menos leída desde una de sus versiones teóricas más influyentes (Dworkin, 1984), implica asumir que el juez se encuentra en una posición institucional privilegiada para resolver de *manera racional, independiente e imparcial* (por fuera del juego de intereses y negociaciones propias del escenario político) ciertas cuestiones fundamentales ligadas a los principios constitucionales, que en algún punto ya no son susceptibles de negociación.¹⁷ Ciertamente, aunque la

CP–; c) la potestad que tiene el Congreso de reformar la constitución mediante un procedimiento flexible –art. 375 CP– y d) un control jurisdiccional en principio sólo formal para este tipo de reformas –art. 241.1 CP–.

16 Para algunos (Elster, Cohen), una de las más importantes características de un modelo deliberativo de decisión radica en otorgar al procedimiento decisorio las calidades necesarias para propiciar un diálogo público, razonable e incluyente que permita modificar las preferencias de los participantes, con el fin de construir decisiones colectivas que tiendan al consenso. Esta idea se opone a las concepciones *agregativas* de corte utilitarista que asignan a los procedimientos decisorios la función única de sumar las preferencias individuales exógenas al procedimiento mismo (por ejemplo, el voto).

17 Desde sus orígenes históricos en el constitucionalismo de Estados Unidos, la defensa de la potestad jurisdiccional de control constitucional ha sido fuertemente defendida por las minorías poderosas que temían el actuar “irracional” y “faccioso” de las mayorías legislativas. Sobre este punto puede consultarse a Gargarella (2012). Por otro lado, la incompatibilidad del sistema agonal de frenos y contrapesos con un modelo dialógico de decisión democrática es una idea desarrollada por el mismo autor en su artículo “‘We the People’ outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”.

declaratoria de inexequibilidad de una ley requiere una motivación racional y pública, ésta no se da como argumento para entablar un diálogo abierto que permita llegar a un entendimiento con quienes están en otra posición, sino para justificar un acto de control, una decisión ya tomada; una que hace tránsito a cosa juzgada –art. 243 CP–.

Por otro lado, partiendo de los casos bajo estudio, no es aventurado afirmar que el órgano legislativo ejerció el poder constituyente derivado porque era necesaria una reforma constitucional para mantener sus preferencias sobre la presencia de oficiales activos integrando los tribunales militares y la prohibición del consumo de la dosis personal. No se trataba de rebatir los argumentos de la Corte Constitucional, o de negociar con ella. Simplemente hacer valer el peso de las mayorías legislativas para ejercer un poder constitucional de decisión formalmente superior al legislativo, evadiendo de paso, o por lo menos disminuyendo, la intensidad del control judicial sobre sus decisiones. La potestad del Congreso de reformar la constitución a través de un mecanismo flexible –art. 375–, allanó esa posibilidad.

Este relato deja la sensación de que si puede entreverse una decisión en algún grado “dialógica” en los ejemplos estudiados, no es en razón de los arreglos institucionales vigentes (control judicial de constitucional, cosa juzgada constitucional, potestad del órgano legislativo para reformar la constitución) sino a pesar de ellos; como el residuo de una confrontación de autoridades que por diversas razones pugnan por imponerse; lo que sobra después de aplicar los frenos y contrapesos.

HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DEL DIÁLOGO

Todavía podría afirmarse que si el fin de moderar las decisiones se logra, que si el sistema de frenos y contrapesos es útil para evitar el decisionismo, para aportar argumentos relevantes que se vean reflejados en la “decisión final”, tal vez el problema sea sólo aparente; tal vez los órganos “dialoguen” a través de los únicos canales que tienen a su alcance; tal vez estos canales puedan refinarse para dar mejores resultados pero, al fin, el sistema de frenos y contrapesos demuestra que es eficaz. Si se asumiera esta perspectiva: ¿Cuál sería entonces el problema?

El rasgo formal más evidente de estas dinámicas decisorias es el denominado “reformismo constitucional”. Este fenómeno, característico de buena parte del constitucionalismo latinoamericano (GIGA, 2011), ha sido uno de los rasgos más notables en casi todos los periodos constituciona-

les de Colombia (Valencia, 2010). Al momento de escribir este artículo, la Constitución colombiana de 1991, vigente hace menos de veinticuatro años, ha sido reformada en treinta y ocho ocasiones, y se tramitan en el congreso otras reformas sustanciales.

Las pugnas entre el poder político y el órgano jurisdiccional de control, en el marco de los arreglos institucionales vigentes, pueden explicar al menos parcialmente esta tendencia al reformismo, cuya consecuencia más evidente es la devaluación del valor político de la Constitución como acuerdo fundamental de convivencia entre personas y grupos con preferencias, intereses y necesidades diversas, en clave democrática.¹⁸

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su procedimiento de creación, apuntó a la concreción de ese ideal, desde una perspectiva tendencialmente deliberativa. En efecto, por primera vez en la historia de Colombia, el proceso constituyente fue pensado, propuesto e impulsado por la sociedad civil, especialmente por grupos estudiantiles; por primera vez, la Asamblea Constituyente se conformó apuntando a un ideal de inclusión pluralista –con minorías étnicas, grupos guerrilleros, representantes sindicales, etc.–; por primera vez, el poder formal constituyente se mostró sensible a las demandas ciudadanas (Valencia, 2010: 210-211).

Por el contrario, el ejercicio regular de la potestad legislativa y su respectivo control constitucional, cada uno por su camino, presentan pobres credenciales democráticas, al menos desde una comprensión robusta, deliberativa, de esta forma de gobierno. Para abreviar, esta carencia democrática está dada, en el primer caso, por un ejercicio elitista de la representación política que cuenta con pocos y por lo general ineficientes mecanismos dialógicos que permitan una interacción permanente de influencia y control entre representantes y representados;¹⁹ en el control constitucional, este déficit es aún más evidente, pues la decisión es impuesta de manera vertical por un juez, sobre la base de un principio de autoridad que no es democráticamente participativo (Waldron, 1998: 307-337).

Por ello, cuando la reforma constitucional se convierte en un escenario sucedáneo de la ley en la disputa entre élites institucionales representativas y jurisdiccionales, a través de procedimientos que no requieren ni elecciones especiales, ni audiencias públicas, ni ratificaciones ciudadanas, la pérdida tiene que medirse en términos de legitimidad democrática, de

18 El *overlapping consensus* de Rawls (1995).

19 Sobre la representación política como interacción entre representantes y representados (*advocacy*) puede consultarse Urbinati (2013).

despojo al ciudadano sobre su derecho a influir en los acuerdos políticos constitucionales básicos.

Por ejemplo, la necesidad de un referendo aprobatorio para las reformas constitucionales de los actos legislativos requeriría de mecanismos de publicidad de las discusiones constitucionales mucho más contundentes que los actuales, para disuadir a la ciudadanía de la necesidad de votar positivamente una reforma. Asimismo, la celebración de audiencias públicas tanto en los procedimientos legislativos como en los de control judicial de constitucionalidad y tutela, la consulta previa a los grupos que se verían afectados con la decisión, el control previo de constitucionalidad de la ley con posibilidades de remitir el proyecto al legislador para subsanar posibles incompatibilidades materiales y la matización, bajo ciertas condiciones, de la cosa juzgada constitucional para reintentar por la vía legislativa la inclusión de normas que en otro momento fueron declaradas inexecutable, podrían ser reformas que mejoren cualitativamente el diálogo interinstitucional en clave de colaboración armónica, y potenciar la participación democrática de la ciudadanía en las decisiones públicas.²⁰

Con lo anterior, no se está sugiriendo la implantación de una democracia plebicitaria inviables donde todos los asuntos deban ser sometidos a ratificación ciudadana por votación. Más bien se trata de repensar algunas instituciones para que el modelo de decisión sea dialógico, no en el sentido de negociación implícita o pugna entre las élites institucionales sino de diseñar estrategias que permitan la interacción dialógica entre esas élites, pero sobre todo entre ellas y la ciudadanía, para el ejercicio de sus competencias.

CONCLUSIÓN

El ejercicio del control jurisdiccional sobre la ley y la existencia de un procedimiento flexible de reforma constitucional puede contribuir a que las decisiones que finalmente se adopten sean más moderadas y razonables.

Asimismo, la interacción entre los órganos políticos y el tribunal constitucional que es producto de esas instituciones, ha contribuido a que las mismas sean finalmente²¹ tomadas por el órgano que se supone tiene el

20 Estos y otros arreglos institucionales para la democratización del sistema de representación política y el sistema de frenos y contrapesos están sugeridos en Urbinati (2013).

21 Esto salvo los casos en que la Corte Constitucional ejerce control material de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales, aplicando la doctrina de la “sustitución constitucional”.

mayor grado de representatividad política dentro del modelo constitucional: el Congreso de la República.

Ahora bien, que la decisión sea tomada en últimas por la ciudadanía de forma colectiva, o a través de sus representantes, y que las decisiones sean moderadas y razonables, son algunos de los criterios de legitimidad más importantes para las concepciones deliberativas de la democracia (Nino, Rawls, Habermas, Cohen).

Sin embargo, la lógica agonial en la que se presenta la interacción Congreso-Corte Constitucional, basada en el sistema de frenos y contrapeso, dentro de un marco elitista de ejercicio de la representación política y de la función jurisdiccional de control de constitucionalidad, hace dudosa la legitimidad deliberativa de las decisiones finales.

Además, tal interacción abre la puerta al reformismo constitucional, y a la consecuente pérdida del valor político de la Constitución como acuerdo fundamental de convivencia.

Por último, se considera que la implantación de un modelo verdaderamente dialógico, en términos democráticos, requiere una revisión crítica de tales instituciones, que propenda por la inclusión de mecanismos más contundentes de diálogo inter-orgánico y, sobre todo, de instituciones que permitan una interacción más contundente entre las élites institucionales y los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Berlin, I. (1998). “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro Ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

——— (2001). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bohman, J. (1997). *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*. S. l.: The MIT Press.

——— (2000). “La democracia deliberativa y sus críticos”. *Metapolítica*. México. Vol. 4. Núm. 14.

Bruno, S. (1997). “¿Democracia representativa o democracia directa?”. En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Buenahora, J. (1991). *El proceso constituyente: De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá: Tercer Mundo.

Capella, J. R. (1997). *Fruta prohibida*. Madrid: Trotta.

Chinchilla, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Medellín: Temis.

Cohen, J. (s.f.). "Deliberation and Democratic Legitimacy". Disponible en: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/JCOHENDELIBERATIVE%20DEM.pdf>.

——— (2000). "Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa". *Metapolítica*. México. Vol. 4. Núm. 14.

Constant, B. (s.f.). "De la libertad de los antiguos comparada a la libertad de los modernos". Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2124/16.pdf>.

D'agostino, F. (s.f.). "Original position". Sitio web: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/original-position/>.

Dahl, R. (1993). *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Ediciones Paidós.

——— (2009). *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos.

Díaz del Castillo, A. (2013). "Aproximación al concepto de democracia deliberativa". *Ratio Juris*. Universidad Autónoma Latinoamericana. Vol. 8. Núm. 16.

——— (2014). *Influjo deliberativo de la democracia constitucional*. Medellín: Ediciones Unaula.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Echeverri, C. F. (2010). "La participación ciudadana en Colombia: Reflexiones desde la perspectiva constitucional y la normatividad estatutaria". *Estudios de Derecho*. Medellín. Vol. 67. Núm. 149.

"Edmund Burke. Speech to the Electors of Bristol" (s.f.). Disponible en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>.

Elejalde, R. (2012). *Curso de derecho constitucional general*. Medellín: Dike.

Elster, J. (comp.) (2001). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Feres, C. (2000). "El concepto de democracia deliberativa. Un diálogo entre Habermas, Cohen y Bohman". *Metapolítica*. México. Vol. 4. Núm. 14.

Florez, J. R. (2011). *Curso de derecho constitucional colombiano*. Medellín: Señal Editora.

Gargarella, R. (s.f.). “‘We the People’ outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”. S.d.

——— (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Madrid: Siglo XXI.

——— (2011). “La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas”. *Cuadernos de Investigación*. Medellín.

——— (2014). ‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*. S. d.

GIGA (2011). “Reformas constitucionales en América Latina en perspectiva comparada: La influencia de factores institucionales”. Sitio web: *Scribid*. Disponible en: http://www.cide.edu/programas/SE_PyG_2011-03_Nolte_Reformas_constitucionales.pdf.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Maíz, R. (2004). “Modelos normativos de democracia”. *Revista Mexicana de Sociología*. Universidad Autónoma de México. Vol. 66.

Mejía, O. (2010). “Modelos alternativos de democracia deliberativa”. *Co-herencia*. Universidad EAFIT. Vol. 7. Núm. 12.

Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

——— (2006). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sartori, G. (1994). *¿Qué es la democracia?* Bogotá: Altamir Ediciones.

Urbinati, N. (2013). *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: Chicago Scholarship [disponible en: <http://chicago.universitypressscholarship.com/view/10.7208/chicago/9780226842806.001.0001/upso-9780226842783>].

Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial.

Waldron, J. (1998). “Participation: The Right of Rights”. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*. Vol. 98.