

LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

GEORGE SYMINGTON ALZATE

CAMILO VIVAS RUIZ

LAURA ESCOBAR FERNÁNDEZ DE CASTRO*

RESUMEN

El siguiente ensayo hace una indagación sobre el concepto de legitimación política en las decisiones judiciales constitucionales. Para entender este concepto de “legitimación” de los fallos constitucionales, nos apartaremos de las concepciones positivistas y se tomará la teoría de Jürgen Habermas de *Decisiones Justas para Todos*. En ella, es a través de modelos de democracia deliberativa que se logra la legitimidad política, entendiendo lo anterior como soberanía popular y pluralista, fundamentada en procesos deliberativos por medio del uso del poder comunicativo. En torno a lo anterior se pretende elaborar un modelo jurídico para que las sentencias de constitucionalidad sean legítimas.

Palabras clave: Jürgen Habermas, Jaques Derrida, legitimación política, participación ciudadana, futuras generaciones, teoría de la acción comunicativa, soberanía popular, pluralismo político.

Fecha de recepción: 12 de Mayo de 2012
Fecha de aceptación: 13 de Agosto de 2012

* Estudiantes 7 semestre Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia. george.symington@gmail.com, vivasr90@hotmail.com, lauraescobarf@gmail.com

POLITICAL LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

This essay makes an inquiry of the concept of political legitimacy in the Constitutional Court decisions. To understand this concept of “legitimacy” we will depart from positivist conceptions, while taking into account the theory of Jürgen Habermas of Fair Decisions for All; through models of deliberative democracy political legitimacy is achieved, understood as popular sovereignty and pluralism, based on deliberative processes through the use of communicative power. We aim to develop a legal model in which constitutional decisions are legitimately made.

Key words: *Jürgen Habermas, Jacques Derrida, political legitimacy, citizen participation, future generations, theory of communicative action, popular sovereignty, political pluralism.*

“Este gobierno ha acabado con una vida digna, basada en la pensión que yo mismo pagué durante 35 años sin ayuda estatal. No terminaré escarbando desperdicios entre la basura para sobrevivir”.

Dimitris Christoulas

1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el “*giro constitucional*” que hemos experimentado en las últimas tres décadas en Colombia, en el cual el *juez constitucional* pasa a tener un rol activo y preponderante en el ordenamiento jurídico, vale la pena preguntarse hasta qué punto el precedente constitucional ha logrado generar, el principio y objetivo constitucional de la “paz social”. Exploraremos cómo ese anhelado principio debe ser logrado de forma legítima, entendiendo este concepto cómo la “*participación de la ciudadanía en las decisiones que nos afectan*”. Para entender dicha “legitimación” de los fallos constitucionales, nos apartaremos de las concepciones positivistas y se tomará la teoría de Jürgen Habermas de *Decisiones Justas para Todos*. Expone que a través de modelos de democracia deliberativa se logra la legitimidad política, entendiendo lo anterior como soberanía popular y pluralista fundamentada en procesos deliberativos por medio del uso del poder comunicativo. Si vamos a aceptar que los fallos de los jueces son políticos, su validez debe radicar en un consenso racional a través de la deliberación pública. Es de esta forma que los fallos de los jueces deben prever los efectos fácticos sociales que se puedan derivar de sus decisiones,

no solo atendiendo los beneficios que pueden traer en el corto plazo, sino los efectos que se puedan dar en el largo plazo, teniendo una responsabilidad especial por las futuras generaciones.

2. EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Con la implementación de la Carta Política de la Constitución de 1991, pasamos de un modelo de *Estado Constitucional a un Estado Social de Derecho*. Podemos entender lo anterior como un proyecto de Estado colombiano pluralista, en donde conviven una variedad de grupos sociológicos y políticos, con diversos proyectos de vida (típicos de la era posfordista) sobre un marco de respeto, en el cual ningún grupo debe interponerse sobre el otro.

Vale la pena recalcar que lo anterior es un ideal. La cruda realidad nos muestra que en la *periferia* colombiana existen grupos que insisten en competir con el Estado por la soberanía, y en el *centro* existen fenómenos generalizados como la delincuencia común y organizada. En Colombia no existe una cultura de respeto por el otro, ni mucho menos una cultura de respeto por la ley. Hay una ausencia de costumbre por respetar el ordenamiento jurídico. No hay un marco regulatorio que asegure la convivencia social entre los habitantes basándose en las necesidades sociales y no en el particularismo político (normas que favorecen a un grupo minoritario de personas). Aunque la naturaleza política de las leyes hace imposible favorecer a todo el mundo de forma igual, y en esta medida ciertos grupos se favorecerán más que otros con la implementación de una política pública, no por eso debemos abandonar la idea de tratar de llegar a consensos que sean lo más democráticos posibles y los más deseables¹.

En este nuevo modelo de Estado (*Estado Social de Derecho*) ya no existe la tradicional y estricta división de poderes *Montesquieuana*. El juez ya no es un simple operador jurídico que debe interpretar la ley exegéticamente ni un mero instrumento del ordenamiento jurídico. El juez es un ser de carne y hueso, y no un filósofo analítico, que se encuentra con la difícil tarea de interpretar un texto legal con ambivalencia léxica, sintáctica y semántica. El juez es un lector/escritor hermenéutico que debe interpretar un texto con textura abierta.

Jean Paul Sartre argumentó que la naturaleza humana es ambivalente. Siguiendo esta línea de pensamiento, Simone de Beauvoir trata de desarrollar una base ética que acepte la ambigüedad ontológica de la vida

1. GAVIRIA, A. (2000). *Political institutions and growth collapses*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, págs. 13-24.

social humana². Nosotros pensamos que se debe crear una ética legal que acepte la ambigüedad del lenguaje, ya que es imposible concebir la vida social humana por fuera del lenguaje, y desconocer que él mismo crea realidades. Se debe propender por una ética con una doble cara; por un lado, que entienda las consecuencias nefastas de tratar de acabar con la ambivalencia autoritariamente (por ejemplo, los genocidios que tienen en su naturaleza una voluntad para acabar con la diferencia y propender por la homogeneización), pero que también acepte la imposición de un marco normativo en donde ciertas libertades deban ser sacrificadas con el ánimo de generar una convivencia pacífica entre los ciudadanos³.

En palabras del constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, el Estado se basa en una constitución que impone una serie de metas y finalidades, cuya naturaleza tiene dos fases. Una ausente en el sentido que deben desarrollarse a futuro, pero otra presente en el sentido que le impone al juez un deber genérico de fallar en aras a lograr dichos objetivos⁴. El modelo constitucional se basa a su vez en una serie de principios y derechos que no tienen un carácter absoluto y, que en casos prácticos muchas veces entran en conflicto, siendo esto una forma de garantizar la pluralidad dentro de un Estado. A lo anterior debe sumársele un proceso de constitucionalización de todas las ramas del derecho, debido a un mayor poder judicial con amplias competencias que tiene a su cargo la responsabilidad de velar porque las decisiones judiciales y el ordenamiento jurídico en general se ajusten a los parámetros constitucionales⁵.

Las condiciones fácticas explicadas, un mayor poder del juez constitucional sumado con una amplia capacidad de decisión, confieren una mayor responsabilidad social por parte del juez en sus fallos. En palabras de Gunther Teubner, el juez debe “*identificar las estructuras de oportunidad que permitan a la regulación legal tratar los problemas sociales sin que se destruyan de manera irreversible formas valiosas de la vida social*”. Lo que se deduce de la cita anterior es que el juez debe entender que el sistema legal es un mecanismo de control social, que es un subsistema compitiendo con otros subsistemas sociales

2. BEAUVOIR, S.D. & FRECHTMAN, B. (1949). *The ethics of ambiguity* (pp.7-35). New York: Philosophical Library.
3. BENVINDO, J.Z. (2010). *On the limits of legal rationality balancing and judicial activism in deconstruction*. Berlin: Springer, págs. 135-157.
4. ROSENFELD, M. (2011). *Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account*. Cambridge: Cambridge University Press.
5. ZAGREBELSKY, G. (2006). *Conferencia magistral: el juez constitucional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., págs. 1-7.

de control social. El juez debe entender los límites comunicativos y de acción que tiene la jurisprudencia constitucional en moldear la vida social, y de ahí entender la forma como comunicativamente los fallos afectan empíricamente el funcionamiento social, y no solamente tener en cuenta la lógica interna del lenguaje jurídico⁶. Para lograr lo anterior se pueden utilizar herramientas jurídicas como la antropología legal y el análisis económico del derecho.

Es por esto que del mayor protagonismo del juez constitucional se desprende una mayor responsabilidad social de sus fallos. Por tanto, el juez adquiere un compromiso ético con aquellos individuos y grupos poblacionales que se ven afectados por sus decisiones. Pero, ¿Cómo debe el juez saber si realmente profirió una sentencia responsable y satisfactoria socialmente? Para hallar una respuesta vamos a indagar el complejo concepto de legitimidad.

3. LA LEGITIMIDAD Y LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA

Jaques Derrida, en su famoso ensayo “La democracia que aún está por llegar”, se refiere a la democracia de la siguiente manera:

“Porque la democracia aun está por llegar: esta es su esencia ya que se mantiene: indefinidamente perfeccionable, y por ende insuficiente y futura, pero, esperando para el tiempo de la promesa, se va a mantener, en todas las épocas futuras aún por llegar: inclusive cuando hay democracia, esta nunca puede existir, nunca es presente, se mantiene como un concepto no representable”⁷.

En este entendido, para Derrida la democracia en el presente es un lugar de negociación y compromiso entre las diferentes fuerzas sociales que existen en el momento actual, y aquella “*democracia que aún está por llegar*”. Esto lleva a que el juez deba tener una responsabilidad por el futuro, por aquello que aun no está en el momento presente. En este entendido, un acto democrático es un proceso de negociación que tiene una responsabilidad por el otro, por aquel que está por venir. Por tanto, se le impone una dificultad importante al juez, ya que se le obliga a pensar en el futuro con las limitaciones epistemológicas del

6. TEUBNER, G. & DIEZ, C. (2005). *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1a. ed., págs. 123-134.

7. DERRIDA, J. (1997). *Politics of friendship*. London: Verso, pág. 306.

presente, haciendo que las decisiones que se tomen sean insuficientes para las necesidades del otro.

En este entendido, el juez no solo debe limitarse a tomar decisiones que protejan los intereses de aquellos que se desenvuelven en el presente, sino también por los intereses de aquellos que aun están por llegar. Lo anterior significa tener una responsabilidad por el otro. Por ejemplo, es necesario entender que si se toma una determinada protección para los trabajadores, esta puede afectar los intereses de los desempleados y las futuras generaciones de estudiantes que aún no han llegado a ocupar la posición de empleados. Es una ética de un padre o una madre que vela ante todo por los intereses de sus hijos; por aquellos que algún día ocuparan dicho lugar bajo unas condiciones distintas. Vale la pena destacar que cuando se trata de un juez individual o colegiado, no hablamos tanto de un proceso negociación sino un ejercicio de ponderación de intereses, leyes, principios y derechos.

Para entender el concepto de legitimación de los fallos de los jueces, es necesario entender la relación problemática entre *democracia y soberanía*.

“... la democracia y la soberanía son al mismo tiempo, pero también por turnos, inseparables y en contradicción el uno con el otro”⁸.

Para Derrida, la soberanía es ante todo el uso del poder por parte del soberano; es tener el poder para uno mismo. Bajo ese supuesto, la soberanía es pasiva ya que no se tienen que dar razones por el uso de su poder. La soberanía no comparte el poder, es el instante del poder; se hace de forma silenciosa y secreta. En cambio, la democracia es ante todo un llamamiento para que el soberano comparta el poder, universalice dicha condición y ante todo explique porqué usa el poder. Por eso es que el uso del poder democrático siempre resulta en un abuso del poder.

Sin embargo, la democracia necesita necesariamente de la soberanía para poder adoptar ciertas decisiones, así haga un llamado por la universalización política. En la democracia, el poder se contradice ya que aunque hace un llamamiento urgente e inmediato, el proceso de deliberación democrática es lento, no se toma una decisión inmediata para poder escuchar al otro. En este entendido, tiene que existir soberanía, pero tampoco puede existir un uso del poder sin compartirlo a través de la repetición.

8. DERRIDA, J. (2005). *Rogues: two essays on reason*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, pág. 100.

“Como la soberanía nunca puede salirse con la suya en no compartir el poder, excepto en una forma inestable y precaria, la soberanía solo puede intentar por un tiempo limitado, gobernar sin compartir”⁹.

Es de esta manera que la denominada “voluntad general” o voluntad popular (la democracia), siempre está mediada por el orden jurídico, y más específicamente por el constitucionalismo. Es así como se legitima el ejercicio democrático a través de la ley, pero a su vez, la ley se fundamenta en actos que se profieren por medio de ejercicios de democracia directa o representativa, dándole legitimación y validez a la ley. Es por esto que los liberales dicen que la mejor forma de gobierno es la de una democracia constitucional. Solo un sistema que es constitucional y democrático se puede considerar como legítimo¹⁰.

Desde este punto de partida, Habermas desarrolla la tesis de la co-originalidad entre democracia y constitucionalismo. Para Habermas existe autonomía democrática cuando los ciudadanos son capaces de entenderse a ellos mismos como sujetos de la ley a la que están subyugados. La validez jurídica normativa solo es válida cuando se crea a partir de deliberaciones públicas en condiciones de igual acceso. La Constitución debe ser formada de manera democrática, debe propender por garantizar los derechos individuales y colectivos de los habitantes, y aceptar el pluralismo de las sociedades modernas¹¹.

Debido a la agitada dinámica del mundo moderno, es imposible reunir a toda la población cuando se vaya a proferir un fallo o una ley que afecte a la sociedad como tal. Es en este sentido que se le confiere la competencia de decisión a los jueces, pero ellos tienen el deber de tomar decisiones que se adhieran tanto a la Constitución como a la democracia. Esto se suma a la existencia de una infinidad de posibles interpretaciones del texto constitucional. Entonces; ¿de qué forma debe interpretar la Constitución un juez en una situación fáctica (acción de tutela) o cuando se demanda una norma (acción pública de inconstitucionalidad)?

Siguiendo la línea de Derrida y su concepción de democracia como una negociación entre las fuerzas vigentes presentes y la “democracia que aún está

9. DERRIDA, J. (2005). *Rogues: two essays on reason*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, pág. 102.

10. HABERMAS, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, pág. 104.

11. HABERMAS, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, pág. 107.

por llegar”, de la mano con la forma como Habermas intenta corregir la relación paradójica entre la reserva legal y la democracia, nos remitimos a la teoría hermenéutica del jurista estadounidense Jack Balkin, sobre el constitucionalismo viviente.

“la supuesta relación paradójica entre la reserva legal (constitucionalismo) y la democracia se resuelve en la dimensión del tiempo histórico, concibiendo a la constitución como un proyecto que hace que su acto de fundación sea un proyecto andante de creación constitucional que continua por generaciones”¹².

Para Jack Balkin, los intérpretes legales deben seguir el sentido original del texto constitucional pero no su aplicación esperada originalmente. La constitución es un marco inicial para gobernar que pone a la política en movimiento y hace a la política posible, y que debe ser revisado y complementado a través del tiempo con base al constructivismo constitucional¹³. De esta manera se asegura que se pueda adoptar la decisión más justa posible dentro de unas condiciones de posibilidad cambiantes, que a su vez deben tener en cuenta la forma en la cual sus decisiones tendrán repercusiones en el futuro.

Podemos concluir que lo anterior nos debe llevar a una tradición interpretativa constitucional en donde las futuras generaciones interpretan la ley de acuerdo con el proyecto constitucional creado por generaciones previas. De igual manera se debe propender por la promesa reconciliatoria inherente a la práctica democrática de creación constitucional (esto lo reevaluaremos más adelante con la crítica de Derrida). Es un proceso de “corrección” (tampoco estamos de acuerdo con este término definido en términos de *progreso* entendiendo que cada época tiene condiciones distintas, decir que un tiempo es mejor que otro es una valoración subjetiva) a través de la temporalidad histórica, siempre y cuando el momento de fundación sea compatible con el futuro. Si ya el marco jurídico se vuelve obsoleto, es necesario sustituir la constitución en vez de reformarla.

Entonces: ¿Cómo podemos hacer que las futuras generaciones acepten la tradición constitucional como propia? Solo a través de la interpretación constitucional que defienda sus intereses y no solamente los intereses de aquellos que tienen el poder actualmente. Como ejemplo, la interpretación proteccionista

12. HABERMAS, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, pág. 706.

13. BALKIN, J.M. (2011). *Living originalism*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press. págs. 277-320.

de una ley laboral que pretende salvaguardar el derecho al trabajo para los discapacitados por parte de una Corte Constitucional, puede proteger aquellos discapacitados con un trabajo actual, pero si se atiende la realidad económica en donde empleador es el que decide finalmente a quién contrata o no, lo anterior puede afectar significativamente y de forma negativa la habilidad de contratación de las futuras generaciones de discapacitados. Esta consecuencia negativa afecta la voluntad de esas personas de aceptar dicha tradición constitucional, y por tanto pone en tela de juicio su legitimidad.

En cambio, un fallo como la T-716 de 2011 que le concede la sustitución pensional a las parejas del mismo sexo, es un fallo que no solo beneficia al grupo poblacional que reúne ciertas condiciones para acceder a la sustitución pensional, sino a futuras generaciones que pueden gozar de dicho beneficio. Este fallo se realizó haciendo una interpretación extensiva del artículo 42 de la Constitución, en el cual se argumenta que la familia no se constituye únicamente entre un hombre y una mujer. Es una interpretación que sigue concibiendo a la familia como el núcleo fundamental social, pero con un espectro mayor de posibilidades. Se sigue el sentido original del texto constitucional pero se le da una interpretación que se adecua a las nuevas realidades y necesidades sociales.

El distanciamiento elemental que existe entre Habermas y Derrida, es que para Habermas existe lo que podríamos denominar en palabras coloquiales “un final feliz”, en donde se reconcilian el constitucionalismo y la democracia. Para Derrida esta reconciliación siempre está en el futuro y se difiere. Para nosotros, el disenso y la contingencia, el hecho de que nunca vamos a llegar a una sociedad ciento por ciento armoniosa, es precisamente lo que hace que la constitucionalidad democrática valga la pena como proyecto político. En este sentido, nos distanciamos de Habermas y nos inclinamos más hacia Derrida. Y es precisamente en el entendido que siempre existirá una brecha entre la democracia y lo constitucional; la democracia le impone un límite al poder político soberano. La democracia es la condición de posibilidad de lo constitucional pero a su vez su límite. De la misma manera, lo constitucional es una condición necesaria para la existencia de la democracia, pero también su imposibilidad, en el sentido que es imposible integrar a toda la población de un estado para que creen decisiones políticas. Es aquí donde la relación entre democracia y lo constitucional tiene una brecha ontológica que no puede ser superada¹⁴. El hecho que el juez pueda proferir sentencias más justas socialmente

14. DERRIDA, J. & ROTTENBERG, E. (2002). *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, págs. 147-199.

que otras, no significa que llegaremos al “final de los tiempos”, ni a una sociedad completamente armónica. No se trata de crear un proyecto teleológico con un final feliz; se trata más bien de crear un marco jurídico dinámico que propenda por las necesidades sociales y las futuras generaciones.

Hay que entender, como se ha dicho reiteradamente, que los jueces y legisladores son personas de carne y hueso, cuyas decisiones necesariamente van a beneficiar más a unos que a otros. Sin embargo, no por esto debemos abandonar un proyecto constitucional y democrático que genere las decisiones más justas para todos. Esa justicia se mide en el entendido que benefician a la mayor cantidad de personas que se ven afectadas por ellas, pero no en sentido cuantitativo sino cualitativo. Si bien nos apartamos del idealismo y optimismo en el proyecto moderno de Habermas que cree en un final teleológico, tampoco podemos caer en una teoría deconstructivista de la legitimación jurídica, ya que necesitamos de un terreno teórico que nos delimite el espacio entre lo legítimo y lo ilegítimo. Es por esto que nos aferramos a la teoría de la acción comunicativa con beneficio de inventario. Es una alternativa a los infames Critical Legal Studies que fallan en ofrecer alguna justificación o base racional a su crítica. Es aquí donde surge una necesidad de justificar moralmente la ley, y esta justificación debe provenir de la sociedad misma.

Vale la pena hacer una distinción entre validez normativa y legitimación normativa. En el sentido positivista, una norma es válida si está en concordancia con una ley previa de mayor jerarquía y proferida por una autoridad política competente. Muchos críticos del positivismo confunden legitimidad con validez, bajo el supuesto que entienden que la legitimidad se deriva de si una norma escrita es proferida por parte de una entidad gubernamental, sin importar su contenido material. Acá estamos hablando es de validez formal de la ley. Cuando se habla de legitimación se refiere a la participación de la población en los procesos justificatorios de democracia deliberativa como una condición necesaria para la legitimación política. La teoría de legitimación habermasiana no se opone a los pilares de validez formal del derecho liberal, leyes positivas, legalistas y formales *per se*. En este entendido, aparentemente una ley puede ser inválida pero legítima y viceversa. Una norma que no tiene la aprobación de todos aquellos afectados en sus distintas capacidades como practicantes en un discurso práctico va a ver su validez viciada, ya que para nosotros la legitimación política es un presupuesto de validez de la ley.

De la teoría discursiva de la ética de Habermas surge un problema notorio, y es que se basa en una estricta separación de poderes, en la cual el juez sigue siendo en el sentido clásico “la boca de la ley”. Para Habermas el juez no debe

“crear nuevas normas” sino aplicar la ley de acuerdo a una serie de decisiones consistentes en el tiempo. En otras palabras, el juez debe ceñirse a lo que dice la ley hasta que cambie el paradigma legal, a través de la creación normativa. Las leyes que deben ser creadas con la participación de la ciudadanía. Parecería que la rama judicial no es el lugar para crear nuevas normatividades según Habermas. Para Habermas lo que hace el juez es un discurso de aplicación, que es básicamente buscar que norma se debe adjudicar a un caso específico y concreto. Sin embargo, este tipo de aplicación legal no le dice al juez cómo debe fallar el caso; simplemente le ordena al juez que debe fallar el caso de una manera correcta¹⁵.

Para clarificar cómo debe interpretarse y aplicarse la ley, Habermas argumenta que el curso de la decisión debe ser suficientemente certero pues debe ser adecuadamente predecible dentro de la historia institucional, y debe ser suficientemente justificable para poder ser considerado como correcto. Es por esto que para Habermas nos debemos enfocar en la certeza procedimental y no en la certeza del resultado (en la decisión como tal de la sentencia). Como una forma de reducir el margen de libertad interpretativa del juez, Habermas habla que el juez debe basarse en paradigmas legales. Estos son teorías sociales implícitas del sistema legal, que delimitan la forma como los derechos fundamentales y los principios constitucionales deben interpretarse a la luz de la sociedad contemporánea. Pero el mismo Habermas es consciente que estos paradigmas legales compiten entre sí, dejando abierta la cuestión de la certeza del resultado judicial¹⁶.

Habermas deja por fuera a “los jueces” del discurso de justificación, en dónde se crean normas de mayor jerarquía que universalizan las máximas y los intereses. La labor del juez es la de “aplicación”, y está subordinada a concretar al caso normas justificadas previamente. Sin embargo, como lo hemos argumentado, la textura abierta del texto constitucional permite que el juez no solo aplique la ley, sino que cree nuevas normas jurídicas.

Se genera un conflicto entre el denominado discurso de justificación y el de aplicación, ya que una norma previa no puede predecir su aplicación futura cuando se aplica a un caso concreto. Una norma constitucional no puede saber

15. BAXTER, H. (2011). *Habermas: the discourse theory of law and democracy*. Stanford, Calif.: Stanford Law Books, págs. 107-110.

16. BAXTER, H. (2011). *Habermas: the discourse theory of law and democracy*. Stanford, Calif.: Stanford Law Books, págs. 113-117.

exactamente la forma como debe ser aplicada cuando se confronta con una norma de menor jerarquía o cuando se aplica a un caso concreto. Es precisamente la aplicación al escenario específico donde se justifica su existencia. Se hace entonces pertinente hablar de la incalculabilidad de la validez normativa. El juez constitucional, como ya se ha mencionado, también “legisla”. La maldad o bondad en este supuesto es un juicio valorativo, pero no se puede negar que hace parte de la realidad del sistema legal. La famosa sentencia C-335 de 2006 que despenaliza el aborto en tres casos específicos, no puede ser considerada como una simple aplicación de la norma constitucional a una norma de menor jerarquía. Esta es en sí misma una nueva norma legal que permite una actividad que antes era ilícita, y deroga parcialmente una norma anterior.

Atendiendo la realidad que la labor del juez no se limita a un discurso de aplicación, debemos responder a la pregunta: ¿Cómo debe fallar el juez en la creación de una nueva norma legal para que su fallo sea justificado, si es imposible la inclusión de deliberaciones democráticas en las decisiones judiciales debido a la necesidad de la economía procesal?

Para lograr lo anterior, hemos delimitado ciertos parámetros que debe seguir el juez para que sus fallos que crean nuevas normas, sean legítimos políticamente, en el entendido de tomar en cuenta el consenso, la deliberación democrática, y la democracia discursiva:

1. Retomando a Derrida y su idea de la “democracia que aun está por llegar”, el juez debe tener en cuenta las consecuencias fácticas que pueden ocasionar su decisión. Debe hacerlo no solo para las personas que actualmente tienen una posición de poder y responsabilidad, sino para aquellos que aun no la tienen, y sobre todo para las futuras generaciones que ocuparán dichos lugares. Es por esto que el juez debe apoyarse interdisciplinariamente con otros campos de conocimiento para prever los efectos que podrían producir sus fallos. Resaltan algunos tipos de análisis jurídicos pertinentes, como el análisis económico del derecho, la psicología jurídica, la antropología jurídica y la sociología jurídica, entre otros. Esto tiene un elemento eminentemente democrático, ya que el juez se apoya en conocimientos científicos para tomar una decisión “socialmente responsable”, tomando en cuenta los intereses que pueden llegar a ser vulnerados si se toma cierta decisión.
2. Se debe proferir una sentencia que respete el pluralismo y los estilos individuales que caracterizan la vida social en la modernidad. Debe ser una sentencia que no intente acabar con la diferencia. Solamente debe intentar establecer unos mínimos de convivencia social entre los grupos

poblacionales afectados por la decisión. Es la tesis que ha desarrollado la Corte Constitucional de “maximizar la autonomía”.

3. Cuando se toma una decisión que afecta a ciertos grupos poblacionales, su punto de vista debe ser tomado en consideración. Estas comunidades deben poder ser escuchadas a través de sus representantes, y sus consideraciones deben tener un efecto real y efectivo en la decisión final. Si existen intereses contrapuestos entre las comunidades, el juez debe intentar dirimir dichas diferencias a través de procesos deliberativos. En caso de llegar a un consenso, idealmente debería tenerlo en cuenta en la decisión final. Cuando se llega a un consenso se llega a un justo medio; este es a su vez una decisión racional que le da legitimidad a una decisión determinada.
4. Cuando se tiene que decidir sobre temas de interés y trascendencia nacional como por ejemplo la legalización de los estupefacientes, la eutanasia, el aborto, los procesos de paz, la justicia transicional, las reformas educativas, entre otros, se deben realizar ejercicios de democracia deliberativa que generen una opinión pública efectiva sobre el tema en cuestión. El comunicador norteamericano Gerard Hauser establece un modelo con ciertas condiciones específicas, en las que se puede llevar a cabo una esfera pública retórica que sirva de vehículo para la deliberación democrática en torno a un tema específico. Para ello, se recomienda la lectura del libro *Vernacular Dialogue and the Rhetoricity of Public Opinion* para entender en detalle la forma como funciona dicho modelo de democracia deliberativa. Es un modelo alternativo a la *esfera pública* de Habermas, que resulta demasiado idealista en un contexto posmoderno.
5. Aunque hemos hablado de la textura abierta del texto constitucional y la dificultad que tiene este para adoptar un solo paradigma legal (chocan los proyectos ideológicos dentro de la Constitución de 1991 como el neoliberalismo, el multiculturalismo y la social-democracia¹⁷), la carta política tiene un amplio desarrollo sobre los derechos ciudadanos, que se pueden tomar como límites racionales que se han llegado, a través del consenso deliberativo, en contra de la arbitrariedad del poder soberano. El juez debe tomar en cuenta esos derechos en la toma de su decisión, ya que una decisión proferida de acuerdo con los derechos ciudadanos individuales y colectivos es una decisión legítima. Los derechos son

17. UPRIMMY, R. & VILLEGAS, R.G. (2004). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 255-288.

producto de un consenso y de una democracia discursiva que benefician a todo miembro de un Estado. Muchas veces estos derechos entran en conflicto, y es la labor del juez ponderar la forma en la cual se puede llegar a una decisión racional en la que se vulneren de la menor manera los derechos en conflicto.

Es claro que dependiendo del caso que se esté tratando, se tiene que sacrificar deliberación democrática en aras de asegurar un acceso a la administración de justicia efectivo y sin dilaciones, pues no siempre se podrán generar espacios de deliberación democrática en la toma de decisiones judiciales. Es ahí cuando el juez debe calificar la importancia del tema que se está tratando para considerar si amerita un ejercicio de democracia deliberativa. No es lo mismo examinar la exequibilidad de una ley que legaliza las drogas psicoactivas, que una ley que prohíbe el consumo de bebidas gaseosas en los colegios distritales. En caso que no se considere necesario el ejercicio de democracia deliberativa, deberá fallar de acuerdo con los criterios planteados anteriormente que aseguran que el juez tome una decisión democrática, y por ende legítima. El debate, si es el juez la autoridad competente para decidir si se deben utilizar deliberaciones democráticas en el proceso de creación de una determinada decisión judicial, no lo vamos abarcar en este espacio. Por último, vale la pena recalcar que las decisiones adoptadas en los ejercicios democráticos deben tener un carácter vinculante, y no ser un mero “material de apoyo” que pueda o no acoger el juez discrecionalmente en su decisión.

El objetivo de darle este tipo de legitimación a las decisiones judiciales radica en un fin último que toda sociedad anhela: la paz social. Siendo conscientes que es imposible tener una sociedad completamente pacífica y armónica, la intención de la ley debe ser la de generar una sociedad “más” pacífica posible. Esto solo es posible si los sujetos enunciados de la ley perciben a la ley y las decisiones judiciales como legítimas, ya que fueron ellos los sujetos (de enunciación) que colaboraron en la elaboración de la decisión.

4. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que hemos generado un marco teórico con el cual se puede evaluar la labor del juez constitucional en términos de legitimidad política. Es en este entendido que queremos hacer un llamado para que se tengan en cuenta los intereses sociales involucrados al momento de proferir un fallo judicial. Es un llamado a dictar decisiones justas para todos, decisiones con un eminente componente democrático que no intenta ni caer en el estado de opinión ni

vulnerar la independencia judicial. Si hemos de aceptar que los fallos de los jueces constitucionales son políticos, no es en el común entendido que estos no se ajustan a lo que dice la ley, sino en el entendido que son decisiones con un alto contenido político, que a su vez genera una serie de políticas públicas capaces de alterar las relaciones sociales. Estos deben tener un límite claro que es el demos o pueblo, en cuya cabeza radica la soberanía del estado.

Los jueces deben entender que los fallos como mecanismos de control social, tienen unos límites en su capacidad de influir sobre otros subsistemas sociales, y es solo así que realmente se pueden prever los efectos que pueden tener un fallo si se toma en cierta dirección u otra. Hemos establecido una serie de parámetros generales que debe tener el juez para proferir un fallo democrático, en donde lo que se busca es tener en cuenta los intereses involucrados y afectados por la decisión que se va a tomar. Entre esos parámetros se resaltan: la necesidad de tener en cuenta los intereses presentes y los de aquellos que aún están por llegar a través del apoyo de la decisión en ciencias naturales como sociales, la implementación de ejercicios de democracia deliberativa cuando se tomen decisiones sobre temas de interés general, la realización de consultas con las comunidades que se van a ver afectadas por la decisión, la inclusión de los derechos de la carta política en aras a una vulneración mínima de los mismos a través de ejercicios de ponderación y, la toma de una decisión que se adecue de la mejor manera a la época actual teniendo en cuenta el sentido original de la Constitución. Nuestro anhelo es que el modelo que aquí se ha creado, sirva como base de análisis jurisprudencial para otra serie de temas de interés nacional. De igual forma, esperamos este trabajo sirva de reflexión judicial acerca de la importancia que tiene la realidad social cuando se toma una decisión, en donde muchas veces los jueces solo tienen en cuenta la coherencia lógica interna y abstracta del derecho en consideración. Tiene que existir una correlación entre la realidad fáctica y los fallos para que exista una aceptación de dichos fallos por parte de la sociedad. Solamente de esa forma se establece una tradición constitucional que se actualiza y se crea intergeneracionalmente, en donde los sujetos enunciados por la ley son parte del proceso de enunciación.

BIBLIOGRAFÍA

- BALKIN, J.M. (2011). *Living originalism*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- BAXTER, H. (2011). Habermas: the discourse theory of law and democracy. Stanford, Calif.: Stanford Law Books, pp. 107-110.
- BEAUVOIR, S.D. & FRECHTMAN, B. (1949). *The ethics of ambiguity*. New York: Philosophical Library.

- BENVINDO, J.Z. (2010). *On the limits of legal rationality balancing and judicial activism in deconstruction*. Berlin: Springer.
- DERRIDA, J. & ROTTENBERG, E. (2002). *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- DERRIDA, J. (1997). *Politics of friendship* London: Verso.
- DERRIDA, J. (2005). *Rogues: two essays on reason* Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- GAVIRIA, A. (2000). *Political institutions and growth collapses*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.
- HABERMAS, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* Cambridge, Mass.: MIT Press.
- ROSENFELD, M. (2011). *Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TEUBNER, G. & DÍEZ, C. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global* (1a. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- UPRIMMY, R. & VILLEGAS, R.G. (2004). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- ZAGREBELSKY, G. (2006). *Conferencia magistral: el juez constitucional* (1a. ed.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.