



CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS
N.º 10

Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas
Pregrado en Ciencias Políticas

UNIVERSIDAD
EAFIT[®]

Vigilada Mineducación

CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS

N.º 10

Cuadernos de Ciencias Políticas es una publicación anual del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT-Medellín. Contribuye a la difusión, entre las jóvenes generaciones de estudiantes de Ciencias Políticas y áreas afines, de trabajos inéditos como artículos, ponencias, revisiones de estado del arte, trabajos producto de prácticas profesionales o investigativas, traducciones y reseñas bibliográficas. Los temas de su política editorial son, fundamentalmente, ciencia política, administración pública, políticas públicas y política comparada, así como filosofía, historia, economía y sociología políticas. El propósito de los *Cuadernos* es servir de foro para la discusión y el intercambio académicos de las teorías que sirven de lentes para evaluar y proyectar rumbos deseables de acción de nuestra política.

Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas
Pregrado en Ciencias Políticas

UNIVERSIDAD
EAFIT[®]

Vigilada Mineducación



Juan Luis Mejía Arango
Rector

Claudia María Zea Restrepo
Vicerrectora de Aprendizaje

Paula Andrea Arango Gutiérrez
Vicerrectora Administrativa y de Proyección Social

Mauricio Perfetti del Corral
Vicerrector de Descubrimiento y Creación

Hugo Alberto Castaño Zapata
Secretario General

Jorge Alberto Giraldo Ramírez
Decano de la Escuela de Humanidades

Mauricio Uribe López
Jefe del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas

Adriana Marcela Ramírez Baracaldo
Jefa del Pregrado en Ciencias Políticas

ISSN: 2389-9840

Portada:

Stilleven met een gouden bokaal (Still Life with Golden Goblet)

Pieter de Ring, 1640 - 1660

Oleo sobre lienzo

Rijksmuseum (Museo Nacional de Ámsterdam)

Diseño, diagramación e impresión

Pregón S.A.S.

Medellín,
Octubre de 2019

CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS

Universidad EAFIT-Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas

Pregrado en Ciencias Políticas

Periodicidad anual

Medellín-Colombia

Coordinador

Leonardo García Jaramillo, M.A.

Universidad EAFIT

Consejo Editorial

María Helena Franco Vargas, M.A.

Universidad EAFIT

Julder Gómez, Ph.D.

Universidad EAFIT

Felipe Piedrahíta, M.A.

Universidad de Antioquia

Adriana Marcela Ramírez Baracaldo, Ph.D.

Universidad EAFIT

María Fernanda Ramírez, Ph.D.

Universidad EAFIT

Alejandra Ríos Ramírez, M.A.

Universidad EAFIT

Mauricio Uribe, Ph.D.

Universidad EAFIT

Mauricio Vélez, M.A.

Universidad EAFIT

Corrector de estilo

Andrés Bustamante Londoño

Secretaria

Gloria Elcy Chaverra

Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario*

Alejandro Vega Giraldo**

Rodolfo Vázquez (2010) inicia su ensayo “Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario” con una cita de Eugenio Raúl Zaffaroni, actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde expresa la falta de teoría política de la jurisdicción que existe en América Latina. Más adelante también menciona que varios académicos han cuestionado la poca perspectiva y los estudios no jurídicos existentes sobre el poder judicial. Asegura posteriormente que, debido a la última ola democratizadora que llegó a América Latina, se pensó que el Estado legislativo o legal iba a convertirse en un Estado constitucional de Derecho, pero que, en cambio, se dio una “epidemia de poderes especiales” y se terminó viviendo en un Estado “decretal” de Derecho. Lo importante en este punto es aclarar que en estas situaciones la ciudadanía fija su mirada en el poder judicial, pero en este contexto no se estaba saliendo de una dictadura, sino que se venía de un proceso de democratización.

Para dar una introducción sobre el tema, Vázquez presenta un ejemplo que explica la expansión del poder de los jueces en México. El primer evento que explica esta expansión es la democratización y las reformas al sistema judicial que acontecen en 1988 y 1994, sucesos que dieron paso a una discusión más profunda sobre la independencia judicial. El segundo es que, gracias a estas reformas al sistema judicial, la desconfianza de la sociedad hacia los partidos políticos hizo que se redimensionara el poder que tiene el juez, y se empezó a ver a este último como un “factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática” (2010, p. 508).

* La primera versión de este texto se presentó como relatoría en el curso de Filosofía Política IV (2019-1), orientado por el profesor Leonardo García Jaramillo del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT.

** Estudiante de Ciencias Políticas (quinto semestre) y Derecho (tercer semestre) en la Universidad EAFIT. Correo electrónico: avegag@eafit.edu.co.

En el caso presentado por el autor, la Corte mexicana declaró inconstitucionales unos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión, proyecto que ya había sido aprobado por voto unánime en la Cámara de Diputados. Esto, además de mostrar un Congreso con un *lobby* e intereses personales por parte de los diputados y senadores, encaminó a la Corte a tener un papel equilibrador. Aquí, la cuestión que se plantea el autor es si la Corte debería asumir un rol tan relevante. Todo lo presentado por Vázquez hasta este punto es para dar paso a la discusión sobre la justicia constitucional, el proceso democrático y el argumento contramayoritario.

Este debate se da desde dos perspectivas. En una de ellas se habla de la reflexión sobre la *independencia judicial* en la teoría y la filosofía política, y la otra parte de la teoría y la filosofía jurídica que han estado en contra del control judicial de constitucionalidad, basadas en la *dificultad contramayoritaria*. El autor ahonda en estas perspectivas. Para ello, va a presentar un argumento a favor de la independencia judicial y luego, teniendo en cuenta la dificultad que comporta el argumento contramayoritario, va a estar a favor de la justicia constitucional. Es importante para Vázquez aclarar que esto último se va a entender bajo una concepción sustantiva “débil” de democracia.

Para justificar su primer argumento, en el apartado “Independencia judicial y legitimidad política de la actuación judicial”, Vázquez inicia conceptualizando la independencia judicial en un sentido negativo y externo y en un sentido interno. En sentido externo se entiende que:

La decisión de los jueces sea producto de su interpretación de los hechos presentados en la causa y del derecho correspondientes al caso, antes que de interferencias y presiones de alguna de las partes del caso, del gobierno, la legislatura, los medios de comunicación, poderes fácticos, organizaciones no gubernamentales, otros jueces, opinión pública, órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia, etc. (Ansolabehere, citado en Vázquez, 2010, p. 551).

Ahora bien, la independencia judicial también tiene un sentido interno, este se refiere a “la relación que guardan entre sí los órganos judiciales inferiores con el o los órganos-límite superiores” (Vázquez, 2010, p. 512). Pueden existir dos tipos de relación entre estos órganos y para explicar esto, el autor pone el ejemplo de la Corte argentina y la Corte mexicana.

Vázquez afirma que no es igual tener una relación de control débil a tener un control fuerte sobre los órganos inferiores. Este control denominado “débil” contribuye a que los jueces sean más cercanos a lo que demanda el pueblo, mientras que el “fuerte” no permite una relación efectiva de los jueces con las demandas de la sociedad. La Corte mexicana ejerce un control fuerte y la Corte argentina uno débil.

Para analizar correctamente estas relaciones, el autor tiene en cuenta dos variables: en primer lugar, considera la capacidad de control de las cortes sobre la carrera judicial, y en segunda instancia, analiza la normativa de uso de la jurisprudencia del tribunal constitucional para los jueces y magistrados.

Teniendo en cuenta estas dos variables, se puede analizar mejor el control que ejercen las dos cortes que pone como ejemplo. Por un lado, la Corte argentina tiene una capacidad de control muy baja, pues no existen “reglas explícitas de obligatoriedad de la jurisprudencia sentada por la Corte argentina en relación con los tribunales inferiores” (Vázquez, 2010, p. 512). Esto quiere decir que el control del tribunal constitucional es muy reducido, pues no tiene un contrapeso fuerte frente a las instancias inferiores.

La Corte mexicana, por su parte, tiene una gran influencia en las decisiones de los tribunales inferiores, debido a que está involucrada en la elección y destitución de sus funcionarios judiciales, y además revisa y tiene la facultad de revocar sus dictámenes. Esto afecta la independencia interna de los jueces y los limita, pues las decisiones terminan trasladándose a las instancias superiores. En el caso mexicano, su tipo de control refuerza el argumento contramayoritario, mientras que en la Corte argentina sucede lo contrario, ya que su control difuso permite que se abran canales entre los órganos inferiores y las demandas que hace la sociedad.

A partir de la explicación de estos conceptos el autor se pregunta entonces por *la relación entre la independencia judicial y la legitimidad política de la actuación judicial*. Esta discusión, según Vázquez, se plantea desde dos posiciones. La primera es la autorrestricción de los jueces dada la división de poderes y una concepción de democracia formalista, es decir, que los jueces no tienen autoridad sobre la constitucionalidad o legalidad de las normas y tampoco tienen una legitimidad democrática; la segunda es la influencia que pueden tener los jueces sobre las normas constitucionales sin tener contrapesos democráticos.

Más adelante, para intentar responder esta cuestión, en el apartado sobre la dificultad contramayoritaria y el control judicial de constitucionalidad, Vázquez cita a Moreso quien asegura que el último trabajo de Bayón debe ser la base para plantear este debate; además, se deben tener en cuenta las obras de autores que han tratado el tema a profundidad, como Gargarella, Carlos Nino y Ferreres.

En primera instancia, con respecto al argumento contramayoritario, Vázquez hace referencia a Alexander Bickel, quien plantea la dificultad contramayoritaria, pues este control judicial de constitucionalidad puede ir en contra de la voluntad de los representantes –quienes fueron elegidos por el pueblo–, lo que comporta rasgos antidemocráticos.

Siguiendo esta misma línea, Carrió, filósofo del Derecho, cuestiona el hecho de que una ley que pasó por varios debates quede en manos –en cuanto a su validez constitucional– de un grupo reducido de personas que no fueron elegidas por mecanismos plenamente democráticos. Así también, Víctor Ferreres plantea tres puntos en los que se podría presentar una dificultad con respecto al argumento contramayoritario.

Ferreres (1997) expone que el juez constitucional no ha sido elegido por sufragio universal –cuestión que también le preocupa a Carrió–; esto le da una menor legitimidad al juez constitucional; además, la facultad del Congreso de neutralizar la decisión del juez

es muy reducida, ya que el proceso de reforma es muy tedioso. Por otro lado, se pone en cuestión la interpretación de la Constitución. En este punto es pertinente aclarar que, si se acepta que la tarea del juez es valorativa, es decir, que este debe realizar una ponderación entre principios, la pregunta que se debe plantear es: “¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?” (Vázquez, 2010, pp. 516-517).

Vázquez asegura que no todas las teorías le dan tanta importancia a la dificultad contramayoritaria, así como lo hacen Ronald Dworkin y Ernesto Garzón Valdés. El primero afirma que hay unas precondiciones de la democracia que el juez debe proteger, y acepta que este comete errores, pero no tantos como los congresistas. Por su parte, Garzón afirma que en los regímenes democráticos se requiere un juez que se adhiera a las normas básicas del sistema y, de este modo, le ponga límites a los representantes y a sus posibles extravíos inconstitucionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede evidenciar que el argumento contramayoritario presenta varias dificultades –aunque no para todos los autores, como ya se mencionó–; la cuestión que se plantea a continuación el autor es: ¿qué tan justificable es entonces que los jueces asuman el papel de equilibrador? Y también se pregunta sobre qué garantía tiene la independencia judicial si, al fin y al cabo, los jueces son designados por el poder político.

Sobre la primera cuestión, Vázquez plantea que para Luigi Ferrajoli los derechos humanos se encuentran en una “esfera de lo indecible”, esto quiere decir que estos derechos fundamentales, como son una garantía para todos, no deben quedar supeditados a decisiones sobre si se protegen o no:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular [...] el fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías (Ferrajoli, citado en Vázquez, 2010, p. 518).

Así, Ferrajoli justifica la justicia constitucional pues esta busca la garantía de los derechos fundamentales. En este punto también es pertinente aclarar que para Vázquez la justificación de la justicia constitucional se encuentra en la legitimidad de ejercicio y no en la legitimidad de origen. Con respecto a lo planteado por Garzón y por Ferrajoli, Bayón asegura que no necesariamente los ciudadanos y los legisladores van a actuar encaminados a sus propios intereses, posición que también sostienen autores como Waldron y Sunstein.

Para resolver esta última cuestión, Vázquez plantea que Garzón intenta proponer que los jueces sean elegidos por un período no vitalicio, o que el parlamento esté involucrado

en su elección; pero Garzón se centra en la confiabilidad judicial y no en la responsabilidad democrática. Esta primera asegura unos límites inquebrantables que el autor denomina “coto vedado”.¹ Así, la competencia de los tribunales supremos se da únicamente en cuestión de afectaciones a los derechos y principios del coto vedado. Aquí, el problema consiste en que lo propuesto por Garzón se enfrenta a la paradoja de las precondiciones.²

Para seguir con este debate, Vázquez presenta una pregunta que se hace Moreso: “¿Está justificada la idea de primacía de la constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?” (citado en Vázquez, 2010, p. 519). De acuerdo con los autores que se han presentado y sus posiciones frente al tema, la respuesta es sí; Vázquez concuerda con esta afirmación, pero se cuestiona otra vez por la dificultad contramayoritaria, ya que, teniendo en cuenta esta, ¿es posible seguir justificando este control de constitucionalidad por parte de los jueces? Para responder a esto toma en consideración a Gargarella y a Bayón quienes afirman que es necesario tener en cuenta el problema que representa el argumento contramayoritario y el costo democrático que este conlleva.

Vázquez indica que, si se acepta el costo democrático, la pregunta pertinente para plantear antes de continuar con el desarrollo de la discusión es la siguiente: “¿Es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho?” (Vázquez, 2010, p. 519). La respuesta que da es afirmativa, aunque para explicar mejor la razón detrás de esta respuesta es necesario traer a otros autores a la discusión.

El primer autor sobre el que habla es John Ely. Este propone que los jueces sean controladores del mismo procedimiento democrático y que de esta forma se garantice el mejor resultado derivado de las reglas de este proceso. Así, según Vázquez, para los jueces sería ineludible tener que determinar si los valores del proceso democrático

1 Según Garzón, “los derechos incluidos en el «coto vedado» son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también «necesidades básicas», en su doble versión de naturales o derivadas” (1989, p. 209).

2 La paradoja de las precondiciones la explica Carlos Nino de la siguiente forma: “El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia [...] Estos derechos, prerequisites para el apropiado funcionamiento del proceso democrático, pueden ser considerados ‘derechos a priori’. El respeto por estos derechos a priori promueve y provee el valor epistémico de la democracia. A la inversa, si estos derechos no fueran respetados, por ejemplo, por las decisiones democráticas, una persona guiada por el razonamiento práctico no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso [...] Si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor epistémico de la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia. La mayoría de las decisiones políticas consisten en la apropiada distribución de este tipo de recursos. Si los derechos son interpretados en un sentido amplio, al reconocer que ellos pueden ser violados por omisiones, la democracia es privada de la mayoría de sus posibles temas de debate. Aquí nos enfrentamos una vez más con el conflicto entre procedimiento y sustancia” (Nino, citado en Martí, 2011, pp. 42-43).

se dieron bajo las condiciones pertinentes o no, es decir, los jueces serían un tipo de árbitro en el proceso democrático. De esta forma, los jueces harían un control procedimental; en otras palabras, su función sería conservar e impulsar el proceso del ejercicio democrático, evitando que el poder judicial apele a valoraciones morales. Esta concepción procedimental es contraria a la concepción sustantiva de la misma. A esta última se adscriben autores como Ferrajoli y Garzón.

Con respecto a estas concepciones es importante aclarar que el debate es sobre la extensión de los derechos en las precondiciones que se establecen de la democracia, es decir, el debate no se da entre lo procedimental y lo sustantivo, sino, como lo afirma Vázquez, entre dos versiones de la democracia sustancial: la “débil” y la “fuerte”. La versión “débil” se refiere solamente a los derechos civiles y políticos, mientras que en la versión “fuerte” los derechos sociales se incluyen en estas precondiciones de la democracia. En este punto vuelve a surgir un problema con dichas precondiciones pues, ¿cómo se decide qué alcance deben tener estas?, y ¿qué derechos pueden considerarse en estas condiciones previas?

Planteado esto, es pertinente exponer que la versión sustantiva fuerte de la democracia es controvertible, pues varios académicos, como Ackerman y Laporta, advierten que el juez no debe tener la facultad de decidir exclusivamente cuando se habla de distribución de recursos –asunto que se trata cuando se habla de derechos positivos–, pero Vázquez afirma que esto no debe ser un motivo para llegar a la decisión de que los derechos sociales no deben ser incluidos en la Constitución. Lo que le parece importante destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida entre el juez y el representante.

Por otro lado, para Robert Alexy, con respecto a esta discusión es vital tener en cuenta la noción de “representación argumentativa”. El modelo planteado por él es el de una democracia deliberativa, a diferencia de la representación que se da en el parlamento, que es discursiva y decisionista; en este modelo “la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos” (Vázquez, 2010, p. 524).

El autor plantea dos condiciones para que se dé una verdadera representación argumentativa. En primer lugar, Alexy sostiene que deben existir argumentos correctos y razonables; en segundo lugar, se necesitan personas racionales que tengan la capacidad de aceptar estos argumentos por el solo hecho de que son correctos y razonables. Con el cumplimiento de estas condiciones se puede asegurar la existencia de la garantía de la actuación judicial, pues esta:

Está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones (Courtis, citado en Vázquez, 2010, p. 525).

De esta forma, Vázquez afirma que hay derechos que se deben garantizar para que exista un sistema democrático, pero esto no le asegura al sistema político una calificación de globalmente justo. En síntesis, lo que Vázquez presenta en su texto es una recopilación de argumentos y posiciones de diferentes autores en los que se basa para presentar su postura frente a la tensión que surge entre la democracia y la justicia constitucional. Además, presenta qué argumentos a favor y en contra se han dado en los estudios sobre la materia.

Para terminar de exponer el tema presentado en este texto sobre la independencia judicial y el argumento contramayoritario, considero pertinente enunciar brevemente un ejemplo acerca de esta cuestión en Colombia, a fin de ilustrar de una manera más clara lo abordado anteriormente. El caso más adecuado y controvertido es el referendo para la segunda reelección de Álvaro Uribe Vélez.

En el año 2009, la Cámara de Representantes aprobó el proyecto que tenía como objetivo volver a reelegir a Uribe Vélez como presidente de Colombia. La Ley 1354 de 2009 que fue aprobada por el Congreso buscó promover un referendo para reformar la Constitución política del país con el fin de permitirle a Álvaro Uribe Vélez ser elegido por tercera vez.

De esta forma, los representantes de los ciudadanos aprobaron esta ley, evento que se puede considerar democráticamente legítimo pues el Congreso del país ejerció su función de representación y así se llegó a esta decisión. Hasta este punto, el proceso democrático, visto de una forma superficial, era correcto, pues los colombianos eligieron un Congreso y este ente tomó una decisión, pero fue a la hora de analizar no solo la forma sino el fondo de este proyecto cuando se empezaron a encontrar fallas con respecto a la constitucionalidad de esta ley.

Luego de la decisión del Congreso, la Corte Constitucional de la República de Colombia estudió el proyecto del referendo y encontró que no solo había simples irregularidades formales, sino que también existían serias violaciones a los principios constitucionales. Este proyecto atentaba claramente contra la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la alternancia democrática. Así pues, en este caso colombiano se pueden encontrar las tesis planteadas anteriormente por varios autores a favor y en contra de la justicia constitucional y el argumento contramayoritario.

Fue una decisión tomada democráticamente, respaldada por la legitimidad que les otorga el pueblo a sus representantes, una decisión tomada mayoritariamente, pero que atentaba contra principios constitucionales. Aquí es pertinente plantear de nuevo las preguntas de Vázquez y Moreso: ¿qué tan justificable es entonces que los jueces asuman el papel de equilibrador? Y ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de blindar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?

Este es un claro ejemplo de la tensión que se puede generar en muchas ocasiones entre la democracia como regla de la mayoría y la independencia judicial. En el caso

colombiano, los jueces tomaron el papel de equilibrador y declararon inexecutable esta ley pues los representantes, en este caso el Congreso, tomaron una decisión que iba en contra de la Constitución.

Referencias

- Ansolabehere, Karina (2007). *La política desde la justicia: Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: Flacso - Fontamara.
- Ferrajoli, Luigi (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-46. Recuperado de <https://bit.ly/351NmHw>.
- Ferreres Comella, Víctor (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garzón Valdés, Ernesto (1989). Algo más acerca del "coto vedado". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 209-218. Recuperado de <https://bit.ly/31V44GN>.
- Martí, José Luis (2011). La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino. En Leonardo García Jaramillo (Ed.), *La democracia deliberativa a debate* (pp. 41-54). Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.
- Moreso, Josep Joan (2000). Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, (1), 15-51. Recuperado de <https://bit.ly/2Mb5ndJ>.
- Vázquez, Rodolfo (2010). Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario. En Miguel Carbonell y Leonardo García (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 507-527). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.