

The background of the cover is an impressionistic painting. The upper portion shows a dark blue night sky filled with numerous small, bright yellow and white stars, some with soft halos. The lower portion shows a body of water reflecting the stars and the sky, with vertical streaks of yellow and white light. The brushstrokes are thick and visible throughout the image.

**CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS**  
**No. 8**

**Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas**  
Pregrado en Ciencias Políticas

**UNIVERSIDAD**  
**EAFIT**<sup>®</sup>

Vigilada Mineducación

# CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS

**No. 8**

*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**<sup>®</sup>

Vigilada Mineducación



Juan Luis Mejía Arango  
**Rector**

Julio Acosta Arango  
**Vicerrector**

Hugo Alberto Castaño Zapata  
**Secretario General**

Jorge Alberto Giraldo Ramírez  
**Decano Escuela de Ciencias y Humanidades**

Mauricio Uribe López  
**Jefe del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas**

Alejandra Ríos Ramírez  
**Jefa del Pregrado en Ciencias Políticas**

**ISSN: 2389-9840**

**Portada:**

*La Nuit étoilée (detalle)*, de Vincent van Gogh (1888).  
Óleo sobre lienzo (920 mm × 720 mm)  
Musée d'Orsay, París.

**Diseño, diagramación e impresión**

Pregón S.A.S.

Medellín,  
Octubre de 2017

## **CUADERNOS DE CIENCIAS POLÍTICAS**

Universidad EAFIT-Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas

Pregrado en Ciencias Políticas

Periodicidad anual

Medellín-Colombia

### **Coordinadora**

**Alejandra Ríos Ramírez, M.A.**

Universidad EAFIT

### **Consejo Editorial**

**Leonardo García Jaramillo, M.A.**

Universidad EAFIT

**María Fernanda Ramírez, Ph.D.**

Universidad EAFIT

**Liliana López Lopera, Ph.D.(c)**

Universidad EAFIT

**Felipe Piedrahita, M.A.**

Universidad de Antioquia

**Mauricio Uribe, Ph.D.**

Universidad EAFIT

**Mauricio Vélez, M.A.**

Universidad EAFIT

**Julder Gómez, Ph.D.**

Universidad EAFIT

**David Esteban Rico, M.A.(c)**

Universidad de Antioquia

**Editor académico No. 8**

**Leonardo García Jaramillo, M.A.**

Universidad EAFIT

**Corrector de estilo**

Mateo Navia Hoyos, Ph.D.(c)

**Secretaria**

Gloria Elcy Chaverraa

# La constitución y el ideal democrático<sup>1</sup>

Simón Díaz Pérez<sup>2</sup>

## El diseño institucional más allá del régimen democrático

Juan Carlos Bayón dedica su texto al constitucionalismo como diseño institucional, es decir, donde el poder democrático cuenta con limitaciones efectivas para garantizar la preservación de los derechos fundamentales individuales. Estas limitaciones efectivas son, ante todo, contra-mayoritarias, y se ven representadas en la rigidez y supremacía de la constitución y en el control judicial de constitucionalidad. La primera garantiza que el catálogo de derechos constitucionales deba ser respetado y tenido en cuenta, mientras que la segunda se encarga de corregir posibles violaciones a tal catálogo. Una constitución que consagra mecanismos de reforma con requisitos de mayor calibre que los del proceso político ordinario, como las mayorías calificadas, y que tiene como principales guardianes a funcionarios no elegidos por el pueblo, los jueces, implica un coste democrático al sistema político del Estado que adopte tal modelo. Bayón intentará entonces justificar el constitucionalismo una vez se acepta la llamada “objección democrática” al mismo.

Un primer intento de justificación es aquel que toma la democracia más allá de su significado etimológico para decir que no se agota en las decisiones de la mayoría, sino que debe contar también con un carácter sustantivo para que verdaderamente se tome como tal. En el Estado constitucional, el carácter sustantivo son los derechos fundamentales; por tanto, la democracia misma podría recurrir a mecanismos que van en contra de la mayoría con el objetivo de preservar su otro aspecto, la igualdad

---

1 La primera versión de esta revisión bibliográfica, –basada en los capítulos “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” de Juan Carlos Bayón, y “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” de Víctor Ferreres, incluidos en: García Jaramillo, Leonardo & Carbonell, Miguel (Eds.) (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado–, fue presentada como relatoría para la materia *Teoría y filosofía política* IV, impartida por el profesor Leonardo García Jaramillo.

2 sdiazpe@eafit.edu.co. Estudiante de Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT.

de derechos entre individuos. De esta forma, no existiría una verdadera objeción democrática, pues la misma democracia justifica los controles contra-mayoritarios. Pero Bayón expone que tal argumento es insuficiente, dado el carácter complejo de la democracia constitucional compuesta por un igual derecho a la participación, y por el respeto a los derechos individuales; elementos que, si bien son afines y esenciales en los planteamientos políticos modernos, no son uno y lo mismo, y por tanto pueden surgir tensiones entre ellos. Ejemplo de tal tensión es la llamada “paradoja de los pre-requisitos de la democracia” en virtud de la cual no solo resultaría complicado lograr consenso respecto de cuáles son los derechos que conformen el carácter sustantivo de la democracia, sino que incluso, si esto se lograra, ello implicaría una reducción del campo de acción legislativo, puesto que la mayoría de cuestiones ya estarían resueltas de antemano. Bayón se decanta por un compromiso para resolver la paradoja: considera la democracia un “procedimiento para determinar el contenido de acciones colectivas”, pero acepta la existencia de precondiciones, aquellas necesarias para garantizar la igualdad de participación, reconociendo que tales precondiciones pueden no abarcar la totalidad de derechos modernos. Esta perspectiva permite además explicar cómo una sociedad democrática puede producir resultados injustos. En suma, si la democracia es procedimental o normativa no ayuda a justificar concretamente la democracia constitucional ante la objeción democrática, pues el núcleo de la objeción es si existen materias que puedan dejarse por fuera de la decisión de la mayoría.

El segundo intento de justificación se basa en la idea de la supremacía de la ley y la entonces obligatoria subordinación de la política a ella. Si se parte de la idea según la cual los derechos son fundamentales e inviolables, entonces estos conformarían, como indica Bayón valiéndose de un concepto de Ferrajoli, una “esfera de lo indecible” en la que ningún estamento político se puede inmiscuir. Dado que la igualdad de participación es en sí un derecho, ello implicaría que existen distintos grados de valor entre los derechos que justificarían la limitación de unos para la garantía de otros; en este caso específico, primaría un derecho de libertad sobre el derecho a la igual participación.

El problema es que para llegar a un consenso acerca de qué derechos entran en “lo indecible”, tal como con las precondiciones democráticas, es necesario llevar a cabo un proceso político eliminando la aparente subordinación a la justicia. De tal modo, una sociedad debe contar al mismo tiempo con una teoría de la justicia que ayude a determinar el marco en el que puede actuar la comunidad, piénsese en la posición original de Rawls y sus resultantes principios de justicia, y una teoría de la autoridad que establezca el procedimiento a seguir para la toma de decisiones; cosa que este intento de justificación no logra. Por más que se considere los derechos como algo inamovible, bajo esta línea argumentativa es imposible ignorar que los derechos fundamentales de una sociedad son fruto de un consenso, por ejemplo, a través de una constituyente, y que no hay garantías de que quienes llegaron a tal consenso no se equivocaron, por lo que apartar los derechos de lo político implicaría no poder corregir posibles deficiencias en su aplicación. Por último, justificar el constitucionalismo

desde el ideal de los derechos sería una justificación mediada por su capacidad de hacer respetar los derechos, pero el constitucionalismo cuenta no solo con un valor instrumental (hacer respetar derechos), sino también uno intrínseco (el valor del procedimiento utilizado).

En el tercer intento se encuentra la llamada “tiranía de la mayoría”, que en términos generales expresa que la democracia no está exenta del abuso del poder y de oprimir a las minorías. La radicalización de esta idea no solo justificaría los mecanismos contra-mayoritarios, sino que haría obsoletas las asambleas legislativas al considerarlas siempre propensas a violar derechos. Para defender tal tesis se suelen utilizar casos de violaciones a minorías por parte de gobiernos democráticos, como el exterminio judío por parte de la Alemania Nazi, pero Bayón expone que tal argumento no es suficiente dadas las diferencias contextuales, más allá de las similitudes estructurales de los países del mundo. Sería más fácil tener en cuenta este argumento si se sustentara con los intereses propios de los actores institucionales; idea que sostiene que la democracia suele favorecer el mantenimiento del *statu quo* de la sociedad por las presiones que los electores ejercen sobre sus representantes, las cuales los jueces no experimentarían al no ser electos. Aun así, se encuentran problemas como que el mantenimiento del *statu quo* no es necesariamente perjudicial para los derechos, y que no hay garantía de que los jueces no se vean influenciados por factores externos tal como los legisladores; tanto así que el proceso judicial reproduce varios de los sesgos evidentes en la sociedad y en el proceso político, además del hecho de que en muchos ordenamientos son los mismos cuerpos colegiados los que confirman a los miembros de las altas cortes. Se vuelve también a resaltar la cuestión del momento originario constituyente. Bajo esta visión no solo no se podría explicar que una mayoría limite a propósito su poder bajo una constitución, sino que también se ignoraría el hecho de que la constitución misma puede reproducir intereses, y que la política ordinaria podría dejar de hacerlo. Finalmente, el argumento termina de caer cuando se reconoce que existen casos en que una mayoría poblacional es reprimida por ser una minoría representada en las instituciones. En tales casos, un proceso democrático es la única forma de reivindicar derechos, más que una amenaza a los mismos.

Bayón, tras el proceso de refutación, perfila una justificación del constitucionalismo, valiéndose de Rawls. El neocontractualista propone que el diseño institucional de un Estado es justo si garantiza la igual libertad dentro de su sociedad (valor intrínseco), y si logra mediante sus procedimientos resultados justos (valor instrumental). La idea de igual libertad cuenta con valor intrínseco en la medida en que garantiza, además de derechos individuales, una noción de igualdad ciudadana, es decir, una igualdad de participación en el proceso político. Un mecanismo contra-mayoritario claramente iría en contra de la igual libertad, pero Rawls concibe la libertad como un conjunto, es decir, es posible justificar la limitación de una libertad si las demás libertades se fortalecen de tal forma, manteniéndose el nivel general de libertad en la sociedad.

Una vez justificado el constitucionalismo, Bayón se ocupa de probar por qué las críticas a la justificación de Rawls no son acertadas. La primera dice que lo contra-mayoritario no carece de valor en sí mismo, sosteniendo que los límites al ideal de auto-gobierno detrás de la democracia son inevitables y beneficiosos para el mismo. Solo si una comunidad cuenta con normas y conceptos dados de antemano como el pueblo y su capacidad de expresar su voluntad, es posible que se dé un gobierno en ella. Ha de existir un marco limitado con el que el gobierno permita desempeñarse. Así, es posible admitir mecanismos contra-mayoritarios cuando produzcan mejores resultados que los mayoritarios, como el mantenimiento de una constitución dada por una generación anterior a la que se ve regulada en la actualidad por ella. Por ello el argumento presentado no se contrapone al de Rawls sino que se complementa con su ideal de que una decisión que produzca resultados justos puede justificarse aun si se alcanzó mediante medios no democráticos.

Otra alternativa de justificación considera la igualdad de participación no como un derecho constitutivo de la sociedad sino como uno derivado de los constitutivos, es decir, de los que protegen las libertades individuales, por lo que solo se podría participar si ello garantiza que se lograren proteger dichas libertades. Esta percepción olvida el importante componente intrínseco o sustantivo de la democracia constitucional: el ideal de la igual ciudadanía. Los instrumentalistas radicales como Dworkin sostienen que la igualdad de participación no es garantía de igualdad general, pues se puede garantizar una voz y un voto aun existiendo supresiones a las demás libertades, pero aquí se debe resaltar que no por ello tal igualdad carece de valor sustantivo. Igualmente aducen que procesos no democráticos como el otorgarle mayor peso a los votos de los expertos no impide que se generen resultados justos. Dworkin en particular lo justifica al decir que no se generan, lo que denomina “consecuencias participativas”, o las percepciones respecto al proceso de carácter negativo, por lo que se mantiene el ideal de justicia. Esto, propone Bayón, es nuevamente similar a la idea rawlsiana de aceptar lo contra-mayoritario cuando produce mayores resultados instrumentales.

Bayón cierra rechazando las preconcepciones que se tienen acerca del constitucionalismo, que se debe aceptar e implementar completamente o rechazarlo, y que es aplicable de igual manera a toda nación. Propone, en cambio, la figura del “constitucionalismo débil” como un mecanismo flexible ante la establecida dependencia del contexto por parte de las instituciones de un Estado. En comunidades políticas en las que existe igualdad de participación pero no se valora, dado que para las minorías es difícil traducirla en un impacto sensible en la sociedad, es fácil justificar los mecanismos contra-mayoritarios. Por otro lado, en tales comunidades en las que aun así existe un respeto más o menos definido hacia los derechos y se discrepa acerca del significado de los mismos, los cuerpos colegiados deberían tener prevalencia por sobre los jueces ante la falta de evidencia de las decisiones de los últimos ser siempre mejores que las de los primeros. En tal configuración entraría



el constitucionalismo débil, piensa Bayón, ayudando a articular las ramas del poder mediante la participación de los jueces en el proceso decisorio, no imponiendo su voluntad sino profiriendo argumentos de tal forma que sean tenidos en cuenta por las mayorías al momento de tomar la decisión final.

## **Los jueces como actores democráticos**

Víctor Ferreres se preocupa, de manera similar, por el problema de qué tan legítimo es el control judicial de una ley en términos democráticos. Detrás de tal pregunta subyace la tensión entre democracia y constitución. Ferreres busca entonces demostrar que, si bien el control judicial de constitucionalidad de una ley implica un coste democrático, es preferible y necesario que los jueces realicen tal control en aras de proteger el sistema democrático (lo procesal) y los principios de la constitución (lo sustantivo).

Para dar una respuesta completa a la cuestión planteada es necesario primero analizar la validez de la objeción democrática al control constitucional. En términos meramente procedimentales, el control constitucional representa un coste para la democracia en tanto va en contra de las decisiones tomadas por la mayoría, ya sea del pueblo directamente o de sus representantes en un cuerpo colegiado. Pero existe una cuestión normativa, como bien dice Ferreres, que hace de la igualdad política una cuestión más allá del principio de mayorías. La igualdad implica no solo un aspecto político, sino también uno social y económico, además de un catálogo de derechos y libertades que constituyen unas condiciones mínimas que, de ser violadas, quebrantarían la democracia.

Lo dicho no implica que la objeción democrática sea inválida, como sostendría Dworkin, para quien la democracia no sufría ningún efecto adverso por la existencia del control constitucional si se ejercía de manera correcta, es decir, si una ley se invalida por deformar el proceso democrático (e.g. una ley que limite la libertad de expresión). La crítica al jurista recae precisamente en el proceso democrático. Según su línea de pensamiento, cualquier invalidación de una ley, sin importar su contenido, representaría un coste democrático porque va en contra del mismo proceso que se busca proteger. Así, la propuesta de Dworkin ayuda a justificar el control constitucional, pero al negar un coste democrático, no permite ser usada para justificar la prevalencia de los jueces por sobre las mayorías en cuestiones constitucionales.

Otra negación a la objeción es la supremacía de la constitución con base en su carácter popular. Se sostiene que la constitución, en la que se plasma la intención soberana y directa del pueblo, representa mejor la voluntad democrática que las leyes ordinarias, fruto de un órgano de representantes en el que la voluntad general está diluida. Por tal razón, el control de constitucionalidad no quebranta la democracia, la reafirma, puesto que protege la constitución como mayor representación popular en el ordenamiento

de un Estado. Sin embargo, ante la ambigüedad deliberada de las constituciones es posible que los jueces en su control produzcan resultados erróneos, profiriendo visiones distintas de la constitución como las basadas en la intención de los constituyentes originales que menoscaban las de los legisladores.

El tercer intento de menospreciar la objeción democrática es aludir al carácter democrático de la rama judicial. Aquí, Lawrence Sager, influyente constitucionalista estudiado por Ferreres, distingue entre un elemento electoral de la democracia representado por los cuerpos colegiados, y un elemento deliberativo que se ve mejor incorporado en el proceso judicial. Si bien la distinción se puede considerar válida, no hay motivo para considerar que el aspecto deliberativo tenga prevalencia sobre el electoral, por lo que una decisión judicial no es intrínsecamente superior a una legislativa y no se puede justificar entonces el coste a la democracia.

Aceptada la objeción por Ferreres, tal como lo hizo Bayón, la cuestión se traslada a los derechos sobre los que los jueces pueden tener control: algunos sostienen bajo una mirada instrumental que los derechos sujetos a control constitucional son los procesales, es decir, aquellos que garantizan el ideal democrático dentro de un Estado, como la igualdad de participación y la protección de las minorías frente a las mayorías. El argumento a favor de esta posición radica en que los jueces están mejor posicionados para observar y corregir las deficiencias del sistema, al ser externos a él. Pero la argumentación flaquea cuando se entiende que para determinar si se viola un derecho procesal o si se oprime una minoría, es necesario que los jueces entren al terreno de lo normativo, por lo que su labor instrumental también se ve acompañada por una sustantiva.

El control constitucional entonces debe velar tanto por derechos procesales como sustantivos, derechos públicos como privados. Se justifica entonces el control en la medida que logre mantener y proteger los principios y las normas constituyentes de una sociedad, a pesar de que su método en ocasiones vaya en contra de la mayoría; de tal forma, sí es posible aceptar una visión instrumental en tanto tiende a producir resultados justos sin restringir su accionar a lo meramente procedimental. Esta visión instrumental presentada por Ferreres considera el catálogo de derechos establecido en una sociedad como el resultado directo de los principios compartidos por la mayoría de la misma. Estos principios son generales y están plasmados en la constitución, de tal forma que pueden ser interpretados a través del tiempo y pueden sujetar las instituciones del Estado a que los cumplan. Pero la constitución no habrá solo de enunciar tales principios, sino también deberá blindarlos mediante límites al poder que garanticen su debida deliberación y su correcta implementación; límites que suelen ser contra-mayoritarios.

Dentro de las restricciones autoimpuestas por la constitución se encuentra el control judicial constitucional a las leyes. Ferreres responderá su planteamiento inicial aludiendo a que los jueces cuentan con mayor tiempo y con un espacio menos turbio para

analizar y pronunciarse respecto de los principios constitucionales; además, ante la prevalencia argumentativa del Derecho, los jueces suelen ser más objetivos respecto a tales temas en la medida en que se ven obligados a sustentar sus sentencias con argumentos válidos no solo para lo particular sino también para lo general. Por tanto, considera, yendo un tanto en contra de Bayón, que los jueces son tanto menos falibles que los legisladores en cuestiones constitucionales por su mayor rigor al momento de abordarlas.

Ferreres concluye, estando de acuerdo con Bayón esta vez, que el diseño institucional de un Estado constitucional ha de tener en cuenta los factores contextuales del mismo; aunque sí aboga por un control constitucional central. Y, al mismo tiempo, ha de crear canales de interacción entre el legislador y el judicial que permitan dotar de un componente democrático a los jueces, sin que estos pierdan su autonomía de la política, uno de los factores que precisamente los hace preferibles para ejercer el control constitucional; reconociendo que existe un coste a la democracia, pero ponderando que está justificado ante la efectividad en la protección de la constitución.