



RECEPCIÓN DE POSTULADOS DELIBERATIVISTAS

EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Análisis crítico a partir del tribunal colombiano

Leonardo García Jaramillo*

RESUMEN

En este ensayo se aborda la teoría de la democracia deliberativa partiendo de los lineamientos generales que se pueden extraer del “núcleo común” de esta perspectiva sobre la democracia. Se sustenta que tal teoría resulta, en tanto ideal normativo, conveniente para concebir los procesos de toma de decisiones imparciales en la esfera de la política pública. Se indican las sentencias de la Corte Constitucional que han hecho suyo algunos planteamientos deliberativistas, destacando las principales y se critica la sentencia que declaró exequible el acto legislativo que permite la reelección presidencial inmediata ya que, se sustentará, una perspectiva rigurosa y coherente con la línea establecida y (hasta ese entonces) respetada, había conllevado irredimiblemente a la declaratoria de inexecutable de tal acto.

Palabras clave: Democracia deliberativa, teoría liberal de la justicia, Sunstein, Corte Constitucional.

* Este ensayo fue realizado en el Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Agradezco a Hiomara Vargas por su gentil y útil colaboración, así como a los profs.: Roberto Gargarella, Rodolfo Arango, Diego López Medina, Catalina Botero, Francisco Cortés Rodas y Oscar Mejía Quintana por varios diálogos que permitieron precisar este ensayo metodológica y conceptualmente; no obsta agregar que lo afirmado, y lo omitido, es de mi exclusiva responsabilidad. Agradezco también a los profs. José Luis Martí y Cristina Lafont por el envío de sus preciados manuscritos.

Introducción

Me propongo en este ensayo analizar la teoría de la democracia deliberativa en torno, fundamentalmente, a dos interrogantes: ¿esta teoría sobre la democracia es adecuada para concebir los procesos reales de toma de decisiones imparciales en la política pública?, y ¿los problemas que presenta la invalidan como ideal regulativo y concepto normativo? A partir de aquí se analizará la recepción que esta teoría ha tenido, así como la influencia efectiva que ha ejercido, sobre la jurisprudencia constitucional colombiana.

Para llevar a cabo esta tarea, se describirá la teoría de la democracia deliberativa explicando la razón de su marcada influencia en los debates de la filosofía política contemporánea; se destacan dos aspectos que retoma del liberalismo y el republicanismo (respectivamente, la importancia que le confiere al pluralismo y la perspectiva no agregativa de la democracia). Se sostiene que la Constitución colombiana adopta un modelo deliberativo de democracia. A partir de allí, se referencia extensamente y se amplía la base descriptiva general de las tesis centrales de la democracia deliberativa, para ocuparnos del concepto, el contenido y las (posibles) funciones de la democracia deliberativa en torno a sus características fundamentales y potenciales virtudes, haciendo hincapié en la imparcialidad de las decisiones como la principal virtud de la deliberación y refiriendo puntualmente el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación en lo relativo a la revisión judicial de constitucionalidad.

Se sustenta el antielitismo de la democracia deliberativa y se fundamenta una implicación política y jurídica de la posición individualista de tal teoría para articularla con la garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales. Posteriormente se describe y ejemplifica el compromiso de la Corte Constitucional con la deliberación y ésta como requisito esencial para la validez de su jurisprudencia.

Finalmente, se exponen algunas reflexiones en torno a la necesidad de consolidar la democracia deliberativa en sociedades semiperiféricas como la colombiana, partiendo de la necesidad de fortalecer una ciudadanía activa en el proceso de toma de decisiones que esté comprometida con la idea del bien común y que sea sensible a los asuntos públicos, con miras a consolidar una esfera pública dinámica y permeable a todos los niveles sociales.

Este ensayo procura destacar (e insertarse en) el creciente interés académico y jurisprudencial en nuestro medio por esta teoría sobre la democracia¹, a partir del cual se han analizado y criticado con rigor las principales obras y se han establecido los planteamientos a partir de los cuales medios sociopolíticos como el nuestro pueden asistirse para que nuevas luces sean arrojadas sobre diversos problemas que aquejan la cotidianidad de nuestra sociedad en el ámbito legislativo y sobre aquellos que surgen por la adaptación a un nuevo esquema institucional a partir de 1991.

Un punto de partida histórico y las teorías democráticas republicana y liberal

No resulta complicado entender por qué un concepto que ha acompañado el desarrollo de la civilización occidental desde hace 25 siglos como el de “democracia”, haya tenido a lo largo de la historia tantas vertientes teóricas y escuelas, tales como las defendidas por Platón, Aristóteles, Maquiavelo, los contractualistas (Hobbes, Locke y Rousseau), los federalistas norteamericanos (particularmente Madison), Bentham, Mill, Marx, Schumpeter, Dewey, Popper y los neo-contractualistas (Rawls, Nozick y Buchanan)².

Arraigada en la filosofía de la Grecia antigua se encuentra la concepción en virtud de la cual, debido a que las preferencias sociales tienen que ver con asuntos relativos a los valores éticos y a la justicia, la política es algo más que un lugar para generalizar y sumar tales preferencias. En la *Ética a Nicomaco*, Aristóteles enfocó en la deliberación la legitimidad del proceso de formación de la voluntad popular y, a partir de allí, ha sido considerada un componente esencial en la democracia. Al respecto afirmó que “Deliberamos, no sobre los fines, sino sobre los medios para alcanzarlos”.

¹ Por orden de aparición, los estudios monográficos son: Oscar Mejía, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998. Francisco Cortés, *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999 (caps. III, VI). Andrés Hernández (ed.) *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002. Gabriel Murillo – Lariza Pizano, *Deliberación y construcción de ciudadanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política, 2003. María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Yebraíl Haddad, *La democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.

² Para ilustrativas síntesis del trasfondo histórico de la democracia deliberativa, ver, Jon Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press, 1998. David Held, *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1996.

La polvareda levantada desde principios de los años 80 por la democracia deliberativa³, aún proyecta una densa sombra sobre el paisaje disciplinar de la filosofía política⁴. La agenda de discusión y producción de esta rama de la filosofía se encuentra signada por la concepción deliberativa de la democracia, de lo cual dan cuenta las publicaciones periódicas, seriadas y monográficas, así como las memorias de eventos conmemorativos dedicadas a esta cuestión, las cuales harían que el estudioso bien pudiera pasarse la vida entera tratando de permanecer actualizado. Una de las principales razones para explicar tal perdurabilidad e influencia de esta concepción, es la acometida de sus teóricos por integrar los aspectos más valiosos de dos visiones antagónicas de la democracia contemporánea, a saber, el liberalismo y el republicanismo⁵. Tal proyecto ecléctico es secundado por Nino, para quien la concepción deliberativa es una perspectiva mixta de la democracia⁶, razón por la cual se muestra superior a otras concepciones al estar exenta de las falencias y los defectos que han mostrado. Luego de preguntarse ¿qué justifica la democracia?, Nino analiza y muestra los límites e inconsistencias de las principales alternativas teóricas que se han propuesto para darle respuesta a esta pregunta. Reúne en dos grupos tales alternativas: como concepciones para las cuales los intereses de las personas son inalterables, asocia la utilitarista, la del análisis económico, la elitista, la

³ Aunque la idea de deliberación democrática se conoce desde la antigua Grecia, de acuerdo con Bohman el término “democracia deliberativa” fue acuñado por Besette en su ensayo de 1980 “*Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*”. Cfr.: James Bohman, “The Coming of Age of Deliberative Democracy”, en: *The Journal of Political Philosophy*. Vol. 6. No. 4, 1998.

⁴ Esto es así (no exclusiva pero si) fundamentalmente por el “giro deliberativo” en la teoría democrática al que se refieren, entre otros, John Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford University Press, 2000, pp. 1-7; y Cristina Lafont, “Democracia y deliberación pública”, en: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Op. cit.

⁵ Sobre el particular, consúltense, Gisela Bock – Quentin Skinner – Maurizio Viroli (eds.) *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press, 1990. Roberto Gargarella – Félix Ovejero – José Luis Martí (eds.) *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós, 2004. José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006. Andrés Hernández (ed.) *Republicanismo contemporáneo*. Op. cit. Sobre la tradición republicana y su crítica al liberalismo, ver Philip Pettit, *Republicanism*. Barcelona: Paidós, 1999. Oscar Mejía Quintana, “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa”, en: Andrés Hernández (ed.) *Republicanismo contemporáneo*. Op. cit. Cass Sunstein, *After the Rights Revolution*. Cambridge University Press, 1990. Andrés Hernández, “El desafío republicano al liberalismo igualitario de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia”, en: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional, 2005. Sobre los elementos esenciales de la democracia deliberativa desde la teoría política republicana, ver, María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Op. cit., cap. 3, I.

⁶ Una de las primeras y principales concepciones mixtas sobre la democracia es la sostenida por los federalistas, particularmente por James Madison. Ver al respecto, Cass Sunstein, “Más allá del resurgimiento republicano”, en: Roberto Gargarella – Félix Ovejero – José Luis Martí (eds.) *Nuevas ideas republicanas*. Op. cit.

pluralista y la consensualista, y como concepciones transformadoras de las preferencias individuales, reúne a la soberanía popular, las teorías perfeccionistas y los enfoques dialógicos⁷. Posteriormente argumenta a favor de una concepción deliberativa de la democracia.

El modelo republicano, especialmente el clásico, rechaza una concepción agregativa de la democracia en virtud de la cual el ejercicio electoral vendría a ser la piedra angular de la institución democrática y, por tanto, la suma de las preferencias individuales es el único factor a considerarse en la esfera de la legitimidad de las decisiones políticas; concepciones democráticas como ésta revalida –más allá de la validez jurídica– la legitimidad política de decisiones que, aunque enmarcadas formalmente en procedimientos electorales, ignoran e incluso atropellan sacrosantos principios democráticos al manipular los poderes judicial y legislativo, y bloquear los organismos de control. Recuérdese la masiva elección de los parlamentarios alemanes en el *Reichstag* durante el nazismo o la tercera reelección presidencial de Alberto Fujimori en el Perú.

Si bien el modelo deliberativo comparte con el agregativo el modo cómo deben estructurarse las instituciones democráticas al interior de la política pública, se enfocan en perspectivas radicalmente distintas respecto al proceso de toma de decisiones políticas, así como en el fundamento de la legitimidad de este proceso: el primer modelo, en el consenso en torno a ellas logrado en la deliberación pública, y el segundo, simplemente en los votos que sustentan las decisiones. Para los defensores de la democracia deliberativa, los votos de los representantes del pueblo no bastan, per se, para que una decisión pueda ser considerada legítima y, por lo tanto, para que pueda predicarse su sentido de justicia. El respaldo a una decisión manifestado en votos debe estar precedido de una amplia deliberación pública entre los ciudadanos (o sus representantes) donde se escuchen la mayoría de perspectivas posibles y se controvertan las distintas razones que fundamentan las propuestas. En las democracias latinas sabemos y hemos padecido que muy lejos está cualquier forma de autogobierno colectivo del mero hecho de concurrir a las urnas de cuando en cuando.

⁷ Sobre tales concepciones, puntualmente, ver, Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press, 1996, cap. 4. Específicamente sobre las perspectivas pluralista y participativa, ver, Roberto Gargarella, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en: José Luis Martí – Samantha Besson (eds.) *Deliberative Democracy*. London: Ashgate, 2006. Vers. cast. de Leonardo García J., “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Op. cit.

Además del regateo gubernamental y legislativo, el modelo republicano, como una de las tres ramificaciones en las que se bifurca la filosofía política contemporánea posterior al debate liberal-comunitarista⁸, valora lo dialógico del proceso de decisión política, procurando identificar la voluntad popular para llevarla a la práctica⁹. En este sentido, la perspectiva deliberativa se ha propuesto trascender la mera validez jurídica intrasistémica para acatar la legitimidad política extrasistémica, que es la que vincula en el proceso decisorio la deliberación pública. Así entonces, un simple proceso agregativo que convierta las preferencias privadas en decisiones mayoritarias, no cuenta con los recursos para dar razón del grado de legitimidad y justicia que deben tener las decisiones al interior de la política pública¹⁰.

Deseo enfatizar la importancia que la perspectiva liberal le otorga al pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la cultura pública y política de las sociedades contemporáneas. Tal vez nadie ha expresado mejor la noción del pluralismo, en clave de su necesidad para alcanzar consensos, que John Rawls, quien a partir de su noción del “pluralismo razonable” signó la necesaria correlación entre la sociedad civil y el Estado democrático en el respeto y reconocimiento de las diversas formas de vida nacionales, representadas en los grupos sociales minoritarios (sus diferencias, su pertenencia cultural y su particularidad frente a otros), pero también en las políticas efectivas que se deben implementar para propender por un eficaz progreso dentro de sus propias perspectivas del buen vivir. El pluralismo rawlsiano exhorta a que se reconozcan las diversas formas de vida nacionales para garantizar los derechos de las minorías a través de mecanismos jurídicos como la discriminación positiva¹¹. La observancia a la razonabilidad del pluralismo es una condición para que pueda existir a través del tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales que están divididos por

⁸ Las otras dos ramificaciones, conforme a Mejía Quintana, *Ibidem*, son el marxismo analítico y una interlocución entre Rawls (*Liberalismo político*) y Habermas (*Facticidad y validez*) que inspira un modelo de democracia deliberativa. Véase también, Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999, cap. 4.

⁹ Cristina Lafont, “Democracia y deliberación pública”, Op. cit.

¹⁰ Una de las más influyentes y sugestivas oposiciones a la concepción agregativa de intereses mediante el voto, se encuentra en Jon Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Op. cit.

¹¹ La discriminación positiva, como excepción al principio liberal de igualdad, se aplica en aquellos casos donde las condiciones de grupos determinados son de plano desiguales por circunstancias diversas como la falta de representación política o la escasez de recursos, por lo cual se exige un trato especial para reducir sus desventajas. La discriminación positiva podría entenderse, desde el liberalismo de Rawls y Dworkin, como una medida in-equitativa que tiende a producir resultados justos. Ver, por ejemplo, las sentencias T-098/94; C-622/97 y T-272/01. Sobre su concepción y tratamiento (“*affirmative action*”) consúltese, Ronald Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993; *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003.

doctrinas razonables religiosas, filosóficas y morales¹²; muestra asimismo que los ciudadanos aceptan la diversidad-pluralidad social de posturas en lo filosófico, moral, religioso y político, basados en razones que los conducen a considerar dicho pluralismo como un bien y no como un mal menor, para posibilitar la sana convivencia y la cooperación social que esté encaminada hacia la constitución de una sociedad bien ordenada, pues conviene que coexistan diversas concepciones del bien y que la propia concepción del bien privado pueda ser permanentemente redefinida.

En las sociedades contemporáneas occidentales, plurales, complejas y fragmentadas es necesario un reconocimiento efectivo entre los individuos como interlocutores válidos, quienes en igualdad de derechos y desde variedad de doctrinas, están a favor de las concepciones del bien y la buena vida que puedan alcanzar en condiciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación social¹³, así no compartan de modo general una concepción de justicia fundada en una sola doctrina religiosa, filosófica o moral. Debe agregarse en este punto que lo “razonable”¹⁴ del pluralismo rawlsiano no debe entenderse como una mera muletilla retórica que le proporciona a la bien conocida y explorada noción del “pluralismo” un atractivo toque de ilustración singular, sino que es razonable porque en la sociedad contemporánea convivimos diversas visiones del bien: por ejemplo, están los mahometanos, los judíos y los cristianos, en cuanto a la religión; filosóficamente, alternan aulas los utilitaristas, los kantianos, los rawlsianos y los seguidores de Nozick; y políticamente, están los liberales, los conservadores y el Polo Democrático; y estas concepciones no las podemos cambiar irracionalmente. Es en consecuencia preferible para la estabilidad y la armonía sociales que convivamos con el pluralismo razonable, el cual no aspira superar las diferencias que las personas tienen entre las distintas visiones del mundo, sino que sustenta que debemos reconocer la otra cultura como diferente y constatar su igualdad de derechos para que se de una efectiva y armónica integración entre las distintas cosmovisiones del buen vivir. La concepción de ciudadanía rawlsiana, dentro de la que se ubican igualmente autores como Habermas y Dworkin, no radica en el reconocimiento en tanto co-partidarios, miembros de la misma comunidad religiosa o seguidores de la misma doctrina filosófica, sino en el reconocimiento de la divergencia, porque el hallazgo de una mínima base de acuerdo y comprensión mediante la deliberación no obliga a estar de acuerdo con la otra concepción, pues el diálogo no es para eliminar la alteridad ideológica, sino para hacer

¹² Ver, John Rawls, *Liberalismo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 66.

¹³ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴ La distinción razonable-razional se expresa en el distingo kantiano entre el imperativo categórico y el imperativo hipotético. Lo razonable representa la ‘razón práctica pura’, mientras que lo racional representa la ‘razón práctica empírica’ (*Ibidem*, Conferencia II, §1 - §1,3). A mi juicio, la Corte Constitucional colombiana entiende en sentido esencialmente rawlsiano tal distinción. Cfr.: SC-565/93.

vivable y viable la sociedad en medio de ella, porque no nacemos, como dice Hobbes en un Estado donde el hombre es un lobo para el hombre, ni como cree Rousseau, buenos hasta que la sociedad nos corrompe, sino como afirma Kant: en una “insociable-sociabilidad”¹⁵.

La democracia deliberativa en torno a sus características fundamentales y virtudes

No obstante la proliferación de estudios en torno a la democracia deliberativa no se cuenta actualmente con una definición única e incontrovertible de esta teoría normativa sobre la democracia. Algunos autores coinciden con Rawls, por ejemplo, en cuanto a que la educación ciudadana en los aspectos básicos del gobierno constitucional y democrático, y el público bien informado sobre los problemas que requieren solución prioritaria, son condiciones imperativas que impone esta teoría para que efectivamente puedan adoptarse las decisiones políticas y sociales más importantes¹⁶. Sin embargo en los distintos modelos sobre la democracia deliberativa subyacen divergencias (y en algunos casos también, oposiciones) respecto a cuestiones como la revisión judicial de constitucionalidad¹⁷, el escenario ideal para la deliberación y su principal objetivo, la necesidad de ciertas competencias por parte de los ciudadanos al momento de deliberar, y la distinción entre las dimensiones epistémica y democrática de la deliberación¹⁸.

¹⁵ Immanuel Kant, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 46.

¹⁶ John Rawls, *The Law of Peoples with “The idea of public reason revisited”*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, pp. 139-140.

¹⁷ Una defensa a la inclusión de la revisión judicial en la teoría de la democracia deliberativa, se encuentra en, Denis Thompson, “Democratic Theory and Global Society”, en: *Journal of Political Philosophy*, Vol. 7, No. 2, 1999.

¹⁸ Para la más sugestiva presentación de la democracia deliberativa desde un punto de vista epistémico, ver Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. Op. cit., cap. 5, la cual critica sugestivamente Víctor Ferreres (ver María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Op. cit., cap. 2,III). Para una exposición crítica de la teoría de Nino, consúltese Harold Hongju – Ronald Slye (eds.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004; así como el libro que en su homenaje publicará próximamente la Universidad de Buenos Aires, en edición de R. Gargarella, C. Rosenkrantz y M. Alegre. Sobre la concepción epistémica de la democracia frente a la deliberación, ver desde diversas perspectivas, Joshua Cohen, “An Epistemic Conception of Democracy”, en: *Ethics*. Vol. 97, No. 1, 1986. David Estlund, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”, en: (Bohman – Rehg, 1997. William Rehg, “Legitimacy and Deliberation in the Epistemic Conception of Democracy: Between Estlund and Habermas”, en: *The Modern Schoolman*. No. 74, 1997. Carlos Rosenkrantz, “The Epistemic Theory of Democracy Revisited”, en: (Hongju – Slye, 1999). María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Op. cit., Cap. 2,III,B. José Luis Martí,

La imparcialidad en las decisiones de la política pública es, para la concepción deliberativa de la democracia y podríamos decir también que para cualquier noción normativa de la misma, la principal virtud de los procesos de toma de decisiones políticas, y la que igualmente los justifica. Deviene esta imparcialidad de la amplia deliberación pública que antecede la votación, realizada entre los ciudadanos que serán afectados por ella (así sea potencialmente)¹⁹ y en condiciones de libertad e igualdad. Tal proceso de toma de decisiones debe hacerse, o directamente con la participación de todos aquellos que serán afectados por la decisión, o por intermedio de sus representantes; ésta, conforme a Elster es “la parte democrática”, mientras que la parte deliberativa hace referencia a que la toma de decisiones se realice por medio de argumentos ofrecidos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad²⁰.

En lugar de referirnos a *la* democracia deliberativa como una teoría monolítica, podría sustentarse, en consecuencia, la existencia de variopintas escuelas y doctrinas²¹ que, desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación²². Por esto dicha teoría debe entenderse como un mosaico de tendencias o como un conjunto de concepciones políticas que poseen entre sí lo que Wittgenstein denominara un “aire o parecido de familia” (*Familienähnlichkeit*)²³, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una

“The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended”, en: (Besson – Martí, 2006). Conforme a Lafont una justificación esencialmente epistémica de la democracia deliberativa, carece de recursos internos para explicar por qué la deliberación debe ser democrática. Cfr. con “Is the ideal of a deliberative democracy coherent?”, en: (Martí – Besson, 2006). Para una distinción entre las perspectivas procedimentales y epistémicas de la deliberación, ver, John Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond*. Op. cit. Samuel Freeman, “Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment”, en: *Philosophy & Public Affairs*. No. 29 Vol. 4, 2000.

¹⁹ Sobre este punto, Bernard Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation”, en: *Political Theory*, Vol. 15, No. 3, 1987, p. 352.

²⁰ Jon Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Op. cit., pp. 8-9.

²¹ Siguiendo a Rawls, me refiero al concepto ‘doctrina’ como a un conjunto de visiones globales y de todo tipo (“*comprehensives*”), mientras que con ‘concepción’ refiero una concepción de carácter político y sus partes integrantes. Cfr.: John Rawls, *The Law of Peoples “With the Idea of Public Reason Revisited”*.

²² Nino pone también de presente este punto al afirmar que su defensa desde el poder epistémico del proceso deliberativo, es hacia “una variedad” de la democracia deliberativa. Cfr. con el cap. 4 de su *The Constitution of Deliberative Democracy*.

²³ Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325. Adeudo esta referencia a Vicente Durán.

familia. Tales parecidos nos permiten utilizar el mismo concepto (en este caso: “teoría de la democracia deliberativa”) para referirnos a todos los modelos existentes.

En aras a la exposición pueden reconstruirse los rasgos esenciales que se incluyen dentro del concepto de democracia deliberativa, los cuales conforman un planteamiento teórico al que podemos referirnos como un “núcleo común” que da cuenta sus características esenciales y potenciales virtudes:

1. Conforme al modelo rawlsiano –donde la democracia deliberativa es concebida como un tipo de “democracia constitucional bien ordenada”²⁴– en el hecho de la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa. Ya desde *Teoría de la justicia*, Rawls dejó entrever la importancia que le asigna a la deliberación ciudadana como medio para tomar decisiones correctas: “el intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión”²⁵.
2. Rawls comparte con el resto de demócratas el que la deliberación colectiva permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diferente información y diversas perspectivas a las que se les impone la necesidad de su propia razonabilidad al momento de exteriorizarlas con el objetivo de lograr un consenso en torno a ellas. Por medio de la discusión, los ciudadanos suponen que sus opiniones políticas pueden ser revisadas, razón por la cual tales opiniones no son simplemente un resultado asegurado de sus intereses privados o no-políticos²⁶. La idea de razón pública caracteriza los razonamientos ciudadanos referidos a los esenciales constitucionales y a los asuntos de la justicia básica²⁷.

²⁴ John Rawls, *The Law of Peoples with “The idea of public reason revisited”*. Op. cit., p. 138.

²⁵ John Rawls, *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 327.

²⁶ John Rawls, *The Law of Peoples with “The idea of public reason revisited”*. Op. cit., p. 139.

²⁷ Para una ampliación de este concepto, consúltense, John Rawls. *Political Liberalism*. New York: Columbia University press, 1993, Lecture VI; *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Op. cit., pp. 129-180. Oscar Mejía Quintana, *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre – Uniandes, 1997, pp. 163-168; “La filosofía política de John Rawls (II)”, en: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y Contra Rawls*. Op. cit., pp. 86-89.

En “*The Basic Liberties and their Priority*”²⁸ Rawls critica a la Suprema Corte por bloquear la legislación sobre la reforma a las campañas políticas en el caso *Buckley vs. Valeo*. Esta crítica la reitera en uno de sus últimos libros²⁹ y, apoyándose asimismo en Dworkin³⁰, sostiene que la deliberación pública, como una característica básica de la democracia, tiene que librarse de la maldición del dinero, ya que de lo contrario “la política estará dominada por corporaciones y otra serie de intereses que, a través de cuantiosas contribuciones a las campañas, distorsionan, si no es que excluyen, la discusión y la deliberación públicas (...) En la constante búsqueda de dinero para financiar campañas, el sistema político es simplemente incapaz de funcionar. Sus poderes deliberativos están paralizados”³¹.

3. Para Habermas³² el proceso de decisión pública por el que devienen las decisiones políticas, se orienta hacia la legitimidad del Estado y el sistema jurídico. Las razones que sustentan las decisiones deben ser aceptadas por todos, justificando así igualmente las leyes que posteriormente deben acatarse. La democracia deliberativa, como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública, se entiende como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública, por lo que las decisiones políticas que derivan del proceso de deliberación pública se orientan hacia la legitimidad del Estado y el sistema jurídico.

²⁸ John Rawls, “The Basic Liberties and Their Priority”, en: Sterling M. McMurrin (ed.) *Liberty, Equality, and Law. Selected Tanner lectures on moral philosophy*. University of Utah Press, 1987. Versión corregida y aumentada incluida como “Lecture VIII” de *Political Liberalism*. En una conversación informal con el profesor asistente de Rawls en Harvard, Thomas Pogge, durante una reciente visita a Medellín, sostuvo que en este ensayo Rawls realiza la aportación más original a la cuestión de la democracia.

²⁹ John Rawls, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Op. cit., p. 139, n. 22.

³⁰ Ronald Dworkin, “The Curse of American Politics”, en: *New York Review of Books*, 1996.

³¹ John Rawls, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Op. cit., pp. 139 y 140.

³² Ver al respecto, Jürgen Habermas, “Further Reflections on the Public Sphere”, en: Craig Calhoun (ed.) *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Mass.: The MIT Press., 1992. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 407-468. La perspectiva de Habermas en torno a la democracia deliberativa se encuentra, fundamentalmente, en, *Ibidem*, Caps. VII – VIII; de la edición en inglés (*Between Facts and Norms*) ver, pp. 287-387 y 463-515; y en *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999, sobre todo el capítulo “Tres modelos normativos de democracia” (pp. 231-246), el cual corresponde a una versión ampliada respecto de la aparecida en un libro de 1992 homenajeando a Iring Fetscher.

4. Al deliberar pública e incluyentemente, los argumentos se expurgan de errores lógicos o fácticos, ya que al advertir las debilidades de las tesis –propias y rivales– los interlocutores depuran sus perspectivas y los argumentos que las sostienen, lo cual conlleva a que se clarifiquen y, en muchos casos, redefinan las propias perspectivas sobre los asuntos que afectarán al resto de la sociedad, ampliando el rango de alternativas de solución sobre los problemas planteados.
5. La deliberación favorece la amplia inclusividad social a la democracia y alienta un genuino intercambio de argumentos³³, proveyendo así mutuamente información, con la que no siempre se cuenta, que contribuye a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Así es como no sólo el resultado de la deliberación es producto de nuevas y depuradas consideraciones, sino que también se favorecen las decisiones políticas por el consenso del que son producto.
6. Por la amplia consideración de los asuntos públicos, la deliberación constriñe a pensar en las pretensiones de los demás, favoreciendo la solidaridad hacia los problemas que aquejan al resto de la sociedad. Intercambiando ideas y creencias se reduce la posibilidad de que los ciudadanos estén guiados exclusivamente por sus propios intereses para que, en cambio, piensen con un sentido más de comunidad, avanzando así en la construcción de decisiones más razonables (pues deben ser permanentemente oponibles ante terceros)³⁴.
7. En una sociedad pluralista la dialéctica mediante la deliberación permite integrar la fuerza del disenso, constituyéndose en una fuerza productiva en la medida en que posibilita que se clarifiquen las diferencias con respecto a los valores bajo los cuales deseamos ser gobernados. Podríamos decir, con Rawls, que la filosofía política con la democracia deliberativa como subclase, y gracias a su combinación de ambiciones teóricas y prácticas, “no mira un mundo del deber ser que está más allá del mundo (...), sino un mundo justo al frente al nuestro que realiza nuestra libertad”³⁵; libertad que no se logra por fuera del mundo social y del mundo político, por lo que si se quiere que sobrevivan teorías como

³³ Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. Op. cit., caps. 5 y 6.

³⁴ Examínense las razones que explican la potencia epistémica de la deliberación conforme a Nino, en su: *The Constitution of the Deliberative Democracy*. Op. cit. Sobre tal cuestión, ver la síntesis de Yebrail Haddad, *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Op. cit., cap. 2, III.

³⁵ John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Barcelona: Paidós, 2002, pp. 331-332.

la democracia deliberativa, entonces, deben ser pensadas para procesos concretos y bajo cuidadoso examen de los conceptos y categorías fundamentales a partir de los creativos andamiajes conceptuales que han ejercido una singular influencia en la academia, la doctrina y la jurisprudencia colombianas.

8. La deliberación permite que los ciudadanos ejerzan un efectivo control sobre los miembros de instituciones como el Congreso, ya que su compromiso con lo público les exige justificar y explicar públicamente sus decisiones. Esta necesidad de justificación se materializa respecto a las altas cortes, particularmente a los tribunales constitucionales, en la carga de la argumentación que tienen los magistrados al tomar un punto de vista diferente al establecido por un precedente aplicable al caso concreto.
9. El respeto a las mayorías deliberantes no implica el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que toman en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados, como los minoritarios que, al no contar con representatividad política ni poder económico, suelen quedar en simples aspiraciones in ninguna oportunidad de realización³⁶.
10. Gargarella subraya un carácter pedagógico de la deliberación, teniendo en cuenta que intercambiando argumentos, escuchando otras razones y ajustando algunas perspectivas, la deliberación contribuye a que las personas se eduquen a sí mismas en la convivencia cívico-democrática³⁷.
11. Gutmann y Thompson³⁸ señalan que a través de la discusión, los participantes pueden presentar soluciones alternativas teniendo en cuenta el conocimiento disponible sobre los errores del pasado gracias a la deliberación.

³⁶ Sobre las restricciones a la democracia deliberativa en lo concerniente con decisiones que, siendo producto de un amplio proceso deliberativo, oponen sobre la minoría derrotada un cierto modo de vida, ver, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 164-172.

³⁷ Roberto Gargarella, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”, p. 160 (cito de la versión facilitada por el autor). Ver también, *Ibidem*.

³⁸ Gutmann, Amy – Thompson, Dennis, *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

12. Los demócratas deliberativos demandan porque se favorezcan resultados imparciales en las decisiones que afectarán al grueso de la población, propiciando para esto un espacio de deliberación y condicionándolo sólo a la libertad e igualdad reales entre los ciudadanos. “La discusión puede impedir (o ayudar a prevenir), la adopción de decisiones parciales o sesgadas, virtud ésta que resulta de primera importancia para cualquier sistema de toma de decisiones”³⁹. En otras palabras, la deliberación es concebida como una condición *necesaria*, más no *suficiente* para alcanzar decisiones justas para todos y no sólo buenas para algunos⁴⁰.

El antielitismo de la democracia deliberativa y su presupuesto individualista

Otra de las características fundamentales de la democracia deliberativa es el antielitismo que defiende, el cual se funda, para Gargarella en el rechazo a la idea de que una persona o grupo de personas es más competente para decidir los asuntos públicos de manera imparcial, acogiendo el presupuesto “milleano” según el cual cada individuo es el mejor “juez” de sus propios intereses. James Madison, Alexander Hamilton y John Jay (1961), al contrario, sostuvieron que las mayorías no estaban capacitadas para gobernarse a sí mismas, por lo que un selecto grupo de representantes debían regular la voluntad mayoritaria. Como lo recuerda Sunstein, los redactores de la Constitución norteamericana temían que los gobiernos mayoritarios estuvieran movidos exclusivamente por intereses de grupos privados, por muy numerosos que fueran. “En el sistema constitucional, a las mayorías no se les permite gobernar simplemente porque son mayorías. Por el contrario, la Constitución estableció un tipo de *república de razones* –un sistema de pesos y contrapesos [*checks and balances*] que incrementaría la probabilidad de contar con juicios más reflexivos”⁴¹. En tal república de razones, como afirmó en una obra anterior⁴², los ciudadanos y sus representantes, así como los electores y los miembros del gobierno, deliberan respecto a las distintas funciones decisorias que tienen que cumplir.

³⁹ Roberto Gargarella, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”. Op. cit.

⁴⁰ James Bohman, “Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources, and Opportunities”, en: (Bohman – Rehg, 1997).

⁴¹ Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004, p. 31.

⁴² Cass Sunstein, *Designing Democracy: What constitutions do*. Oxford University Press, 2001, p. 239. Sobre este concepto, ver también su libro *The Partial Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998, Part I.A.

De este modo, los redactores procuraron crear un tipo de democracia en la cual las instituciones que representan a la ciudadanía y las encargadas de vigilar los controles y equilibrios entre los poderes, aseguren un proceso deliberativo entre ciudadanos políticamente iguales, en lugar que una agregación de sus intereses individuales.

Si bien es difícil encontrar a estas alturas de la historia una defensa tan radical de la incompetencia ciudadana para decidir los asuntos públicos (actuando como en una especie de “minoría de edad kantiana colectiva”), los que defienden una concepción meramente agregativa de la democracia no parecen distanciarse mucho de quienes, como los redactores de la Constitución norteamericana, sólo le atribuyen a la ciudadanía un papel pasivo en la elección de sus representantes. En este sentido y conforme a la concepción populista de la democracia que la teoría deliberativa acoge, la votación de las mayorías es necesaria, pero además suficiente, para legitimar el proceso de toma de decisiones.

En contra igualmente de posturas pluralistas de la democracia, que no enfatizan la importancia de la deliberación y sólo procuran ampliar el número de intereses divergentes participantes en el proceso de toma de decisiones, la democracia deliberativa tiene un presupuesto individualista que considera a las personas como *unidades fundamentales* del proceso democrático⁴³.

Excursus: implicación del presupuesto individualista de la democracia deliberativa en la garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales

Sostengo que una correcta implicación política y jurídica de este presupuesto individualista radica en la defensa de los derechos subjetivos. Esta defensa se expresa en la que bien puede denominarse “garantía constitucional supra-mayoritaria de los derechos fundamentales”, en virtud de la cual se sustenta que la maximización de los beneficios para la comunidad en su totalidad, no puede ir en detrimento de los intereses que, como los de las minorías sociales, culturales y étnicas, no están ampliamente respaldados políticamente.

Sobre esta cuestión Rawls es un autor ineludible, ya que dentro de las ideas principales que representaron el que su teoría posibilitara el resurgimiento de la concepción

⁴³ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*. Op. cit.

normativa de la filosofía política contemporánea⁴⁴, se cuenta su estructurada crítica al utilitarismo⁴⁵. Al respecto determinó que “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (...). Una teoría por muy elegante y económica que sea, debe ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa cuan eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. *Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros*”⁴⁶. En efecto, una de las primeras preguntas que se hizo fue ¿es justa la concepción de justicia por el sólo hecho de provenir de una mayoría?⁴⁷. Para la segunda Prioridad en la aplicación de los principios de justicia, la justicia prima sobre la eficiencia y el bienestar. Tal garantía constitucional proviene de la filosofía moral de Kant, para la cual, como *cada persona humana es un fin en sí mismo y no un medio, no puede ser sacrificada a favor de los demás (“no instrumentalices al otro”)*⁴⁸.

⁴⁴ He desarrollado una ampliación de este punto en mi “Revitalización en el modo de hacer filosofía política por la justicia como equidad de John Rawls”, en: Leonardo García J. (ed.) *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Departamento de Filosofía - Universidad de Caldas, 2004.

⁴⁵ Dworkin presentó una crítica al utilitarismo que también puede ser leída en esta perspectiva. En “Hard Cases” (*Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977, Cap. 4) expone una consideración sistemática de su teoría de la adjudicación judicial y, siguiendo a Rawls, de su teoría de los derechos individuales frente al gobierno, o a las mayorías, como “cartas de triunfo”. Sostiene que ninguna directriz política ni ningún objetivo social puede sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general está supeditado al respeto de los derechos de las personas, por lo que los jueces deben inaplicar leyes que vulneran derechos minoritarios. De esta concepción se sigue su crítica al utilitarismo, la cual había presentado ya de una manera integral, aunque no definitiva, en su primer artículo “Judicial Discretion”, de 1963.

⁴⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: The Belknap press of Harvard University press, 1971, p. 3. Énfasis añadidos.

⁴⁷ En general, consúltense sus ensayos, “Justice as Fairness” (1962), “The Sense of Justice” (1963), “Constitutional Liberty and the Concept of Justice” (1963) y “Legal Obligation and the Duty of Fair Play” (1964).

⁴⁸ Hay que tener en cuenta aquí, de paso, que Kant no entendía de manera absoluta la inviolabilidad de la persona humana. En su *Metafísica de las costumbres*, primera parte o Doctrina del derecho, al tratar el derecho penal, defendió la pena de muerte. En Kant el derecho penal no se justifica por la prevención del delito o la reeducación del delincuente, sino que es por una cuestión básicamente retributiva: el derecho justo asegura la correspondencia entre castigo y delito, y vela porque no se rompa ese equilibrio. Por eso la aplicación de la pena de muerte sólo corresponde al Estado y para él –en cuanto persona moral– es un imperativo categórico aplicarla rigurosamente. Esa doctrina retributiva hoy en día se considera cosa del pasado.

Una cuestión similar la presenta Gargarella con estas palabras respecto al sempiterno dilema entre demócratas y partidarios de los derechos: “Como demócratas, nos sentimos movidos a afirmar que todas las cuestiones públicas de importancia deben quedar bajo nuestro control. Sin embargo, al mismo tiempo y como defensores de los derechos humanos, tendemos a negar dicha premisa para afirmar que existen ciertos bienes que deben mantenerse intactos, sean cuales fueren las apetencias de una mayoría circunstancial en ese respecto”⁴⁹.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional norteamericana fueron desde los primeros años representativas de este planteamiento. Uno de los redactores de la Constitución, Alexander Hamilton, sostuvo que la voluntad genuina del pueblo reside en la Constitución, y no en las decisiones transitorias del legislativo. Desde cualquier punto de vista, el poder judicial es superior al legislativo, pero el poder del pueblo representado en una Constitución, es superior a ambos⁵⁰. En este sentido, para Gargarella⁵¹, “Hamilton inauguró una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia, y el poder legislativo”. Sunstein igualmente recurre a Hamilton para afirmar que “Las diferencias de opinión y los enfrentamientos de los partidos políticos en la legislatura (...) a menudo promueven la deliberación y la prudencia [*circumspection*], y sirven para controlar los excesos de las mayorías”⁵².

En el fallo *Marbury vs. Madison*, ampliamente considerado el más célebre de la jurisprudencia norteamericana⁵³, el entonces Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, justificó la supremacía judicial como la forma correcta de proteger la voluntad real del pueblo. Allí estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que es de su competencia “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional,

⁴⁹ Roberto Gargarella, “El constitucionalismo según Rawls”, en: Claudio Amor (comp.) *Rawls post Rawls*. Buenos Aires: Prometeo, 2006, p. 11.

⁵⁰ Alexander Hamilton – James Madison – John Jay, *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (ed.) New York: New American Library, 1961, No. LXXVIII.

⁵¹ Roberto Gargarella, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?” Op. cit.

⁵² Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*. Op. cit., p. 31.

⁵³ Con algunas distinguidas excepciones, como la de Oliver W. Holmes, para quien este lugar lo ocupa el caso *Martin vs. Hunter's Lessee* (1816) donde la Suprema Corte federal reafirma su autoridad soberana sobre las supremas cortes de los estados. Para Holmes, “es posible construir una nación sin control de constitucionalidad de las leyes, pero resulta difícil lograr ese propósito sin la existencia de una instancia que unifique la interpretación de las normas básicas”.

era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre el de la interpretación política de la Constitución. Se dice en la conclusión: “Si una ley se opone a la Constitución y si ambas se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe fallar conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, es la misma Corte la que debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso”⁵⁴. En la sentencia del caso conocido como “Saludo obligatorio a la Bandera” (*West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 1943), el Magistrado Robert Jackson, afirmó que “El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones”.

A su turno, la Corte Constitucional ha hecho una efectiva recepción de esta garantía constitucional⁵⁵, particularmente en la versión sostenida por el jurista germano Robert Alexy⁵⁶, para quien, “desde el punto de vista del derecho constitucional [los derechos fundamentales] son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. Así, en la SC-350/94 se lee, “Condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad será respetadas”. Los jueces constitucionales (es decir, todos) están llamados a reconocer y proteger derechos como el mínimo vital⁵⁷ frente al poder de las mayorías, tal como lo ha hecho la Corte Constitucional en numerosas sentencias.

⁵⁴ *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, February, 1803).

⁵⁵ Es reconocida la influencia de la noción introducida por Diego López Medina de los países que son “sitios de producción” de Teorías Transnacionales del Derecho, donde en “ambientes hermenéuticos ricos” los lectores poseen acceso extra-textual a un rico bagaje de información nacida entre sus propias discusiones iusteóricas. Frente a estos “sitios” están los países (como el nuestro) que son “sitios de recepción” de Teorías, donde en “ambientes hermenéuticos pobres” los lectores sólo reciben información textual periférica sobre las estructuras conceptuales y las teorías nacidas en los “sitios de producción”. Véase, Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, 2004, Cap. 1.2.

⁵⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495.

⁵⁷ El cual no está consignado en la Constitución (i.e., es un derecho innominado) pero se desprende de otros derechos fundamentales mediante una interpretación constitucional sistemática.

La recepción de la democracia deliberativa a partir de la jurisprudencia constitucional⁵⁸

Dentro de la propuesta del jurista norteamericano John Hart Ely, sintetizada en lo pertinente con claridad por Gargarella⁵⁹, puede derivarse una afinidad entre la concepción deliberativa de la democracia y el control judicial de constitucionalidad⁶⁰, considerando que ambas están concernidas por señalar que los ciudadanos deben ser los encargados de pronunciarse sobre las cuestiones sustantivas que tienen que ver con la política pública. Ambas posturas coinciden en la necesidad de contar con una institución de alta jerarquía orientada a honrar los procedimientos democráticos.

Para demócratas deliberativos como Sunstein⁶¹ y Gargarella⁶², el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación es el Parlamento, el cual es el órgano que está dotado de las capacidades epistémicas adecuadas para que los representantes de los distintos sectores sociales trasciendan sus diferencias y resuelvan los asuntos concernientes a la política pública. Sin embargo, en contextos como el nuestro este diseño institucional que sustentan estos dos conspicuos representantes de la democracia deliberativa, podría reconsiderarse al constatar que, no obstante el hecho de que los jueces son nombrados en lugar de ser elegidos, que no están sujetos a ratificaciones periódicas por parte del pueblo en elecciones libres y que no son evaluados democráticamente, pareciera que hoy por hoy la Corte Constitucional, en lugar del Congreso, goza de una mayor legitimidad popular al reconocérsele una mayor conexión con los principales movimientos de la

⁵⁸ La línea jurisprudencial sobre la democracia deliberativa puede extractarse de estas sentencias: SC-013 de 1993 (M.P.: Eduardo Cifuentes); SC-386 de 1996 (M.P.: Alejandro Martínez); SC-222 de 1997 (M.P.: José Gregorio Hernández); SC-760 de 2001 (Ms.Ps.: Manuel José Cepeda – Marco Gerardo Monroy); SC-915 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1250 de 2001 (M.P.: Manuel José Cepeda); SC-688 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar); SC-801 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-551 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1056 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán); SC-839 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-1152 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-313 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-370 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-372 de 2004 (M.P.: Clara Inés Vargas).

⁵⁹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*. Op. cit.

⁶⁰ Asunto sobre el que igualmente puede consultarse, Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. Op. cit., cap. 7.

⁶¹ Cass Sunstein, *The Partial Constitution*. Op. cit. *Designing Democracy*. Op. cit.

⁶² Roberto Gargarella, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”. Op. cit. *La justicia frente al gobierno*. Op. cit.

opinión pública, reflejando así más poderosamente la opinión del votante medio⁶³. Esto bien podría explicarse por la polarización de los partidos, la parcialidad de los parlamentarios debido a los compromisos que adquieren con las corporaciones y los diversos intereses privados que financian sus campañas, así como por el permanente descrédito del Legislativo por escándalos como el de la ‘para-política’.

Al establecer como requisito formal que en el proceso de formación de los actos legislativos y de los actos de legislación deben surtirse debates públicos y que éstos deben cumplir ciertas características⁶⁴, la Constitución colombiana adopta un modelo deliberativo de democracia. En tales debates deben ofrecerse razones que puedan ser conocidas por los otros congresistas y la sociedad.

La deliberación como requisito esencial para la validez de la jurisprudencia

⁶³ Podría ilustrarse este cambio en la mentalidad tradicional hacia el Congreso (representante auténtico del pueblo) y en respaldo hacia la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que los numerosos opositores al tratado comercial de Colombia con Estados Unidos (ciudadanos, pero también incluso parlamentarios de las fuerzas políticas minoritarias) no estaban esperando que el Congreso no lo aprobara, sino que tienen fijas sus esperanzas en que la Corte lo declare inexecutable.

⁶⁴ Dentro de los elementos fundamentales del trámite para la formación de actos legislativos y actos de legislación, en lo relativo a la DD, se consagran: en la **Constitución, art. 144** (publicidad de las sesiones); **art. 145** (integración del quórum); **art. 146** (mayorías para aprobar); **art. 157, nums. 2 y 3** (cumplimiento de la exigencia de los debates reglamentarios en las comisiones y en las plenarias); **art. 160** (respetarse el período mínimo entre debates); **art. 161** (integración de comisiones accidentales de ambas cámaras cuando surgen discrepancias) y **art. 375** (exigencia de ocho debates en dos periodos ordinarios y consecutivos para que un proyecto de acto legislativo sea norma constitucional). En la **ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso)** se regula el sometimiento a discusión de cualquier proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación. **Art. 94** (término del debate, el cual empieza al abrirlo el Presidente y termina con la votación); **art. 95** (asistencia requerida); **art. 96** (derecho a intervenir de los congresistas, los Ministros y funcionarios invitados); **art. 97** (regla de las intervenciones); **art. 98** (interpelaciones); **art. 99** (alusiones en los debates); **art. 100** (réplica o rectificación); **art. 102** (duración de las intervenciones); **art. 103** (número de intervenciones); **arts. 116 a 119** (quórum deliberatorio y decisorio requeridos); **arts. 105 y 104** (imposibilidad de intervenir sobre determinados asuntos y mediante la lectura de discursos escritos); **art. 107** (condiciones para el aplazamiento del debate); **art. 108** (cierre del debate por suficiente ilustración); **art. 157** (publicación del informe antes de iniciar el primer debate); y **art. 176** (podrán deliberar los Congresistas y los Ministros luego de la explicación del ponente de la significación y el alcance del proyecto).

Para Gargarella⁶⁵ la Corte Constitucional colombiana representa probablemente la expresión más sofisticada de un tribunal comprometido con la democracia deliberativa y con la protección judicial de los derechos sociales. Efectivamente, la Corte en respaldo de sus decisiones, ha presentado diversas consideraciones teóricas en torno a la importancia de proteger y exigir la deliberación pública en el escenario Legislativo como uno de los elementos esenciales del ordenamiento legal y constitucional, tanto al nivel de la validez jurídica intrasistémica, como al de la legitimidad política extrasistémica.

En la SC-222 de 1997 (M.P.: José Gregorio Hernández) se afirmó que “La Corte Constitucional otorga gran importancia al concepto “debate”, que en manera alguna equivale a votación [la cual] no es cosa distinta de la conclusión del debate, sobre la base de la discusión y sobre el supuesto de la suficiente ilustración (...). En consecuencia, a menos que todos los miembros de una comisión o cámara estén de acuerdo en todo lo relativo a determinado tema –situación bastante difícil y de remota ocurrencia tratándose de cuerpos representativos y heterogéneos, como lo es el Congreso– es inherente al debate, tanto la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos, como el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio”. En sentido similar se sostuvo posteriormente (SC-760 de 2001) que el debate es “la oportunidad de hacer efectivo el principio democrático en el proceso de formación de la ley, en cuanto posibilita la intervención y expresión de las minorías, así como la votación es el mecanismo que realiza la prevalencia de las mayorías, también consubstancial a la democracia. (...) Faltando el debate, la votación subsiguiente debe considerarse igualmente inválida, pues (...) aun cuando el debate y la aprobación son etapas identificables del proceso parlamentario, la votación de un texto por parte del Congreso no es más que la decisión que adopta una mayoría, como conclusión del debate en el cual han participado tanto mayorías como minorías. (...) [L]a discusión es un aspecto esencial del debate. En virtud de lo anterior, se ve que la votación no puede concebirse independientemente del debate y de la discusión parlamentaria”.

Sobre el debate y la posterior votación, se afirmó en la SC-1147 de 2003 (M.P.: Rodrigo Escobar) que “aun cuando la ley y la propia hermenéutica constitucional han establecido una línea diferencial entre los conceptos de debate y votación, precisando que el primero comporta la discusión o controversia en torno al proyecto de ley puesto a consideración del Congreso, y el segundo el acto colectivo en el que los miembros de la Corporación

⁶⁵ Roberto Gargarella “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?” Op. cit.

declaran su voluntad acerca de la iniciativa discutida, con el mismo criterio han aclarado que uno y otro -debate y votación- constituyen parte esencial del trámite legislativo fijado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, que son instancias determinantes que deben observarse y cumplirse a cabalidad para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de las leyes”.

En la ST-213 de 2004 (M.P.: Eduardo Montealegre) se sostuvo que la función de la libertad de expresión –particularmente de prensa– de crear condiciones para una real democracia deliberativa donde se ejercite el control del poder (en este punto retoma la SC-010 de 2000), impone al medio de comunicación el establecimiento de escenarios donde la opinión pueda confrontarse por las contrapartes. Respecto a la DD y la libertad de expresión, Sunstein afirma que el propósito de la libertad de expresión debe ser “un tipo de democracia deliberativa, en la cual la responsabilidad política y la regla de mayorías están combinadas con la obligación de posibilitar que los juicios emerjan por medio de la discusión pública”⁶⁶. Esta afirmación estimo que condensa el sentido entero del libro⁶⁷.

La sólida línea jurisprudencial que han constituido tales precedentes, consagra la necesidad de la deliberación parlamentaria y la cual –como sustenta Uprimny en su referida aclaración de voto– hunde sus raíces en una de las justificaciones más profundas de la jurisdicción constitucional, como es la protección de la formación de una voluntad democrática imparcial y reflexiva en el Congreso.

Lo que le resulta más interesante a Gargarella es que la Corte ha amparado derechos sociales, articulando una activista y progresista jurisprudencia con un profundo respeto por la DD, y ha declarado inexecutable leyes que fueron aprobadas por el legislativo sin una adecuada deliberación pública. Ejemplifica lo anterior con la declaratoria de inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista, donde la Corte fundamentó su decisión, entre otras consideraciones, en que más de una docena de los representantes que lo respaldaron, habían cambiado su voto de un día para otro sin dar alguna explicación pública. Asimismo, en la SC-668 de 2004 la Corte declaró inexecutable el artículo 16 del

⁶⁶ Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press 1993, p. 46.

⁶⁷ Sunstein argumenta que en Estados Unidos hay dos tradiciones diferentes del derecho a la libertad de expresión: la primera hace referencia a un modelo de mercado del discurso (“*speech markets*”), y para la segunda, el sistema constitucional norteamericano (que valora la igualdad política –en lugar de la económica– y una cultura cívica compartida) involucra decisivamente la democracia deliberativa. Ver su *One Case at a Time*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, pp. 175 y ss. Respecto a la expresión entre paréntesis, Sunstein indica que el sistema constitucional norteamericano no aspira a una simple consecución de mayorías (“*majoritarianism*”) ni a una agregación de preferencias privadas, sino a un sistema de democracia deliberativa. Cfr.: *Ibidem*, p. 24.

Acto Legislativo No. 01 de 2003, sustentando que hubo ausencia de debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. En la aclaración de voto a la sentencia C-668 de 2004, Rodrigo Uprimny sustentó que la declaratoria de inexecutable sólo se fundamentó en que el Presidente de la Cámara olvidó formalmente abrir a discusión el texto en uno de los debates, cuando la deliberación reglamentaria ciertamente se había efectuado. En esta sentencia sólo es implícita su adscripción en la línea jurisprudencial respectiva⁶⁸.

El compromiso de la Corte con la perspectiva deliberativista se evidencia igualmente en la “modulación de los efectos de las sentencias”. Para el Magistrado Cepeda este método “no resulta como consecuencia de la interferencia judicial con el poder del Congreso, sino como un medio para armonizar la necesidad de preservar la Constitución con el profundo respeto por la Corte por las decisiones de la legislatura. A través de las decisiones moduladas es que la Corte busca mantener la validez de las leyes tanto como sea constitucionalmente posible”⁶⁹. Así es como en varias decisiones la Corte ha pospuesto la aplicación de la inconstitucionalidad por un período determinado, tal como la ST-153 de 1998 donde se examinaron los abusos cometidos por los miembros del INPEC y se determinó que el Gobierno tenía 4 años para remediar tal situación. Allí dijo la Corte que no es el Judicial sino el Legislativo, el poder que debe decidir cómo ponerle fin a estos abusos en las prisiones.

En el fallo sobre el desplazamiento forzado (ST-025 de 2004) la Corte siguió una estrategia similar, ya que consideró que la política gubernamental era profundamente inadecuada e ineficiente, pero en lugar de imponerle una decisión alternativa, afirmó que le haría un seguimiento a las decisiones gubernamentales que remediaran esta situación para asegurarse que estuvieran en armonía con la Constitución.

⁶⁸ En esta aclaración, Uprimny retoma las cinco características de la democracia deliberativa sostenidas por Gargarella en su *Justicia frente al gobierno*. Op. cit., pp. 157 y ss.

⁶⁹ Manuel José Cepeda, “Judicial Activism in a Violent Context”, en: *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 3, 2004, p. 566. Sobre este punto, ver también su *Derecho constitucional jurisprudencial*. Bogotá: Legis, 2001, sección VI, 6.3. El concepto de “modulación” está fuertemente arraigado en nuestro sistema al de “constitucionalidad temporal”, sobre el que puede consultarse la sentencia C-221 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez C.)

Para Gargarella⁷⁰ estos ejemplos ilustran formas en las cuales las Cortes pueden asumir una fuerte e incluso agresiva actitud concerniente a la protección de los derechos sociales y, al mismo tiempo, honrar su compromiso con la democracia deliberativa.

Un caso paradigmático y desafortunado (C-1041 de 2005)

Resulta paradójico que con referencia a la elusión deliberativa en el Congreso, la Corte haya declarado inconstitucionales leyes y actos legislativos, o alguno de sus artículos, por razones eminentemente formales como el olvido del Presidente de la Cámara de abrir a discusión el texto (lo cual es un ritual materialmente intrascendental), *cuando efectivamente existió el debate en la respectiva sesión*, mientras que en la SC-1041 de 2005 se declaró ajustado a la Constitución (exequible) el acto legislativo 02 de 2004 (reelección presidencial inmediata⁷¹) no obstante haber acontecido una flagrante elusión del debate durante varios momentos del trámite durante los 8 debates que, reglamentariamente, debe cursar.

En su salvamento y aclaración de voto el Magistrado Jaime Córdoba argumentó que la existencia de 8 debates en el Congreso en caso de acto legislativo, “es una exigencia de la democracia deliberativa para asegurar que la reforma constitucional sea el fruto de sólidos consensos reforzados que puedan perdurar en el tiempo y en cuya formación todos los intereses relevantes hayan sido seria y serenamente tomados en cuenta”. Pero tanto en el trámite de los impedimentos y recusaciones, y en el cuarto debate de la plenaria de la Cámara durante la primera vuelta legislativa, como en la aprobación de los informes de conciliación por las plenarias de Senado y Cámara, se vulneraron el principio democrático y los derechos de los partidos minoritarios, y se violaron las condiciones constitucionales inexcusables para la aprobación de las reformas constitucionales.

En el debate de la plenaria de la Cámara, su Presidente precipitó la votación de la ponencia del proyecto de acto legislativo al abrir y cerrar el debate en un corto lapso de tiempo, no obstante un sector de la minoría encontrarse ausente del recinto definiendo la posición de la bancada. Posteriormente el Presidente negó el uso de la palabra a varios

⁷⁰ Roberto Gargarella “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?” Op. cit.

⁷¹ Hay que precisar aquí que la Corte en el análisis constitucional de tal acto profirió 18 sentencias, en razón a un igual número de demandas presentadas, que atendieron vicios de competencia y procedimiento (7), y vicios de fondo (11).

representantes y procedió a ordenar la votación del articulado sin haber abierto previamente el debate. En la etapa de conciliación en Senado y Cámara, al votar los informes, aconteció el mismo trámite precipitado y ausente de garantías deliberativas.

Respecto al examen de constitucionalidad del acto legislativo 02 de 2004, la Corte sencillamente debió –conforme a nuestra perspectiva– estarse a lo resuelto en repetida jurisprudencia, por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, donde declaró inexecutable las normas que, como el “estatuto antiterrorista”, fueron aprobadas por el Congreso sin haberse surtido el debate reglamentario.

En el caso del referido Acto esto resulta evidente luego de examinar las pruebas recabadas por la Corte, especialmente las Gacetas del Congreso donde se transcribieron las deliberaciones, los videos de las sesiones transmitidas por televisión y las grabaciones de las otras sesiones, donde se demuestra que en el cuarto debate de la plenaria de la Cámara, durante la primera vuelta legislativa, y en las conciliaciones adelantadas en Cámara y Senado, se eludió el debate, vulnerándose así derechos de las minorías políticas.

Las pruebas decretadas y recabadas por la Corte en ese caso, si bien demuestran que en el trámite que originó la expedición del acto legislativo se incurrieron en vicios de inconstitucionalidad, no se explica con suficiente rigor argumentativo porque estos no son insubsanables y suficientes para la declaratoria de inexecutable

Más allá de la cuestión formal del debate, la Corte debe resguardar los derechos de las minorías políticas en el parlamento al cerciorarse durante la posterior evaluación de la constitucionalidad que en el trámite de aprobación de las leyes o los actos legislativos, el debate transcurra en un sentido cualificado, es decir, no sólo que se cumpla con el requisito pético de la existencia de un espacio en el cual se le ofrezca la palabra a los parlamentarios, sino que se efectúe un intercambio de ideas regulado por principios como aquellos demandados por los deliberativistas.

Los magistrados que hicieron parte de la posición mayoritaria que decidió favorablemente la constitucionalidad de la reelección, presentaron argumentos con miras a fundamentar y justificar el hecho de que no hubo una violación de los derechos de las minorías políticas cuando el presidente de la Cámara abrió y cerró la etapa deliberativa sin su presencia (desconociendo incluso la regla previamente establecida que preceptuaba el orden en el cual se había solicitado el uso de la palabra por los

parlamentarios disidentes), porque la minoría se habían retirado voluntariamente de la plenaria para discutir en un salón contiguo respecto a la posición que adoptaría frente al proyecto de acto.

La Corte, sin éxito a mi juicio, procuró resolver el asunto concerniente a la flagrante elusión deliberativa denunciada por el magistrado Jaime Córdoba en la ponencia original (y luego, derrotado, en su salvamento de voto), sosteniendo que el no respetar la regla que el propio presidente había diseñado para regular el debate al desestimar la lista de intervenciones según como se había conformado en la sesión parlamentaria del día anterior, no constituyó violación alguna a los derechos de los partidos minoritarios debido a que se sostuvo, incluso, que la mayoría fue generosa al modificar el orden del día y votar dos proyectos antes que el reeleccionista para ampliar así el período de tiempo y que la minoría ausente pudiera ingresar al recinto donde se tramitaba la deliberación. La Corte elude el tratamiento de la cuestión al omitir el hecho relevante de que lo efectivamente votado fueron dos conciliaciones que no duraron más de 10 minutos, lo cual no representó beneficio alguno para las minorías que, materialmente, fueron marginadas del debate debido a que se contaban con las mayorías necesarias para aprobar el proyecto.

Como lo reconocieron por los medios de comunicación algunos parlamentarios miembros de fuerzas políticas minoritarias, el hecho de que hubiesen intervenido en la deliberación (es más, el hecho de que esta se hubiese dado), difícilmente habría contribuido en algo para disuadir a la mayoría uribista de su diamantino voto favorable al proyecto y modificar así una decisión que ya estaba tomada. Pero dentro de los aspectos que la democracia deliberativa está en potencial capacidad de aportar a sistemas precarios como el institucional colombiano, se cuenta la conciencia sobre la importancia de poder dejar sentada en el recinto, pero particularmente hacia el pueblo y los electores, una posición de las razones por las cuales se considera que es inconveniente y perjudicial alguna ley o reforma, lo cual vendría asimismo a fortalecer un ejercicio responsable del control político que, como elemento esencial de la democracia, se constituye en la principal función del Legislativo, inclusive sobre la aprobación de leyes.

Aunque la deliberación tiene como objetivo exponer todos los argumentos razonables para que en un espacio deliberativo pueda escogerse la mejor decisión posible teniendo en cuenta los argumentos presentados y los puntos de vista relevantes, la deliberación, entonces, también tiene unos efectos importantes que no se pueden perder de vista respecto a la exposición y denuncia públicas para que haya un control político liderado

por parlamentarios disidentes a la mayoría con simpatías en el poder Ejecutivo sobre las decisiones que se adoptan en el Congreso.

En este mismo sentido la deliberación, aunque el voto mayoritario estaba asegurado, habría puesto en evidencia la precariedad argumentativa y las conveniencias individuales y partidistas de los congresistas que votaron favorablemente por la reelección.

Hacia la Corte Constitucional puede enderezársele, en consecuencia, una crítica por el desconocimiento de las reglas argumentativas que había estructurado en anteriores circunstancias respecto a algunas de las tesis principales de la democracia deliberativa. La SC-1041 de 2005 desconoció sólidos auto-precedentes⁷², donde el Magistrado Córdoba ha sido uno de sus principales defensores, en torno a la necesidad de que al interior de un régimen democrático la votación de decisiones como las leyes, pero particularmente en la votación de los actos legislativos que intervienen directamente en la médula misma del sistema jurídico al modificar la Constitución, debe estar precedida del debate parlamentario exigido por la Constitución y la ley. La elusión del debate en el Congreso constituye un vicio de procedimiento que acarrea ineludiblemente la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

Si el fundamento de los precedentes debe buscarse, como han sostenido autores como Marina Gascón⁷³, en la regla de la universalización expresada en el imperativo kantiano que ordena obrar “según el criterio que queramos ver convertido en ley universal”, la

⁷² En cuanto a la relación entre la institución que crea el precedente y aquella que recurre a él, se distinguen tres tipos de precedentes: el vertical, es decir el de una institución de superior jerarquía al que recurre una de inferior (precedente de la Corte Suprema al que acude un Tribunal Superior); el horizontal, es decir el precedente de una institución distinta pero de igual jerarquía (Corte Suprema – Corte Constitucional); o el auto-precedente que, como su nombre lo deja entrever con claridad, es el que procede de la misma institución que lo crea. Constituye éste último una regla argumentativa cuyo fundamento reside en la exigencia de justicia formal. Sobre el particular examínese el trabajo más influyente en nuestro medio sobre la materia, Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2da ed., 2006. Para otros interesantes análisis jurisprudenciales, con consideraciones doctrinarias y críticas, ver, Manuel José Cepeda, *Derecho constitucional jurisprudencial*. Op. cit., sección VI, 6.2. Henrik López, “El precedente judicial. Elemento ineludible en el estado de derecho”, en: *Revista Tutela*. Tomo II, No. 14, Bogotá (feb.) 2001. Diego López Medina – Roberto Gordillo, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de la jurisprudencia”, en: *Revista de Derecho Público* No. 15. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá (dic.) 2002. Rodolfo Arango, “El valor de la coherencia y el precedente constitucional”, en: Ricardo Zuluaga (ed.) *Interpretar y argumentar: perspectivas para el derecho*. Universidad Javeriana de Cali, 2004. Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, primera parte, caps. 5 y 6.

⁷³ Marina Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

Corte Constitucional expresó de forma tácita con la sentencia en comento que los fundamentos deliberativos a partir de los cuales había justificado y argumentado a favor de una y otra posición en sentencias anteriores, no lo consideraba un criterio imperativo que procuraría respaldar y defender en el futuro en casos analogizables⁷⁴. En una sentencia anterior (SC-801 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba), la Corte había sostenido que “A través del debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas, y resulta ser un escenario preciso para la discusión, la controversia y la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentra espacio en el Congreso”⁷⁵.

Gargarella criticó esta sentencia pero no sobre este punto sino a partir de la auto-expansión de los poderes de la Corte y sustentado que debió pronunciarse en torno a que el Legislativo no puede cambiar las reglas de juego de modo tal que se beneficien inmediatamente los que las modifican. Dice Gargarella “No hay misión más importante de la Corte que la de impedir esta posibilidad (...) Es llamativo y muy preocupante que una Corte tan notable como la colombiana haya fracasado de este modo en el caso más importante que le tocó enfrentar en su corta y brillante historia”⁷⁶.

⁷⁴ El que la sentencia fue un triunfo directo para el presidente Uribe lo demuestran las manifestaciones de exultación que recibió en la Casa de Nariño por un numeroso grupo de funcionarios y parlamentarios que lo aplaudieron cuando, el 20 de octubre de 2005, el Magistrado Cepeda informó por los medios la decisión de la Corte.

⁷⁵ Esta postura fue reiterada en sentencias como: SC-1056/03, SC-1147/03 y en la SC-370/04 (pero no en la SC-1041/05).

⁷⁶ Roberto Gargarella, “La falla de la Corte Constitucional”. *Semana On-Line*, oct. 2 de 2006.

Resulta interesante destacar –al margen y para concluir este aparte– la divergencia, e incluso contradicción, entre las perspectivas relativas a la conveniencia de la discusión de las sentencias. Así, para Cepeda Espinosa “no sólo es *necesario* sino *saludable* que las sentencias de la Corte Constitucional sean objeto de debate académico y también público”⁷⁷, mientras que para Hernández Galindo, “Los fallos que la Corte profiere en ejercicio de su función son para *cumplirlos*, no para *discutirlos*”⁷⁸.

A manera de conclusión

“La democracia sólo puede sobrevivir como una democracia fuerte si está asegurada, no por grandes líderes, sino por ciudadanos competentes y responsables. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes, las democracias efectivas necesitan grandes ciudadanos”. Benjamin Barber, *Strong Democracy*.

En medios como el colombiano se suele descalificar a la democracia deliberativa a partir de una (lamentablemente correcta) valoración de la situación real del proceso de toma de decisiones en el escenario Legislativo: influenciado determinadamente por el capital privado, y muchas veces ilegal, dominado por intereses empresariales, fuerzas de mercado y respaldos electorales coercionados por las armas, y siempre dependiente de la coyuntura interpuesta por el cabildeo⁷⁹. En este árido escenario “democrático” a qué romántico idealista se le ocurre pensar que es siquiera posible conseguir un acuerdo que vincule a los diversos y divergentes intereses de los ciudadanos, máxime de aquellos que por su carencia de representatividad significativa ante el poder legislativo no son siquiera oídos.

Tales escenarios son fértil caldo de cultivo para el desarrollo de las críticas que ha recibido la teoría de la democracia deliberativa, las cuales se pueden replicar denunciando que, al no confrontar debidamente las dimensiones entre el *ser* práctico (descriptivo-no ideal) y el *deber ser* normativo (ideal) de la política pública, es que los detractores de esta teoría sobre la democracia establecen críticas infundadas y llegan a

⁷⁷ Manuel José Cepeda E., *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: Reflexiones con ánimo constructivo*. Ponencia de clausura de las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.

⁷⁸ José Gregorio Hernández, Artículo en *La República*, nov. 12, 2000, énfasis añadidos.

⁷⁹ Sobre la relevante distinción entre votación y negociación, ver, Bernard Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation”. Op. cit., pp. 352-353. Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy”. Op. cit., p. 21.

conclusiones erróneas, pues sería tildar de ingenuos a los partidarios de la democracia deliberativa al no reconocer que sus demandas están encaminadas hacia la constatación de que, en la vida real, sólo es posible aspirar a acercarnos lo más posible al ideal de la democracia deliberativa, la cual se constituye en el principal instrumento institucional para favorecer la toma de decisiones imparciales que permitan fijar las bases a partir de las cuales los ciudadanos puedan organizar su vida en comunidad.

Pues a quienes nos parece que este tipo de descalificaciones principian por desconocer que el concepto de democracia deliberativa es un concepto normativo, en la medida en que no *describe cómo son* las cosas en realidad, es decir, cómo funciona la *Realpolitik*, particularmente las instituciones jurídico-políticas que cuentan con representatividad popular como consejos, asambleas, y el congreso, sino que *prescribe como deben ser*, o sea cómo hay que concebir o razonar en torno a las instituciones de la política pública a partir de una descripción que de cuenta de un estado de cosas ideal respecto al funcionamiento de tales instituciones.

A partir de lo anterior se invita a que se comprenda adecuadamente el concepto de democracia deliberativa el cual, como concepto normativo, demanda una ciudadanía activa, crítica y propositiva en el proceso de toma de decisiones, y que esté igualmente comprometida con la idea del bien común y, en general, con el interés por los asuntos públicos más allá del pasivo ejercicio electoral que perpetúa el error de dejarle la política sólo a los políticos. Una ciudadanía que, en palabras de Skinner, tenga un robusto “sentimiento de virtud cívica”⁸⁰, con miras a consolidar una esfera pública dinámica y permeable a todos los niveles sociales, ya que como se advierte en la frase que sirve de epígrafe a esta parte del ensayo, y para decirlo con una sentencia de la Suprema Corte norteamericana: “la amenaza más grande para la libertad, es un pueblo inerte”⁸¹. Para el jurista germano Arthur Kaufmann, en su *Filosofía del derecho*, “La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo”. Esta exigencia está en consonancia también con la concepción democrática de Sunstein por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades.

La intervención y veeduría permanente de los ciudadanos, que deben entonces participar más directa y profundamente en el destino político de la sociedad, se concibe al interior

⁸⁰ Quentin Skinner, “The Republican Ideal of Political Liberty”, en: Bock – Skinner – Viroli, 1990, pp. 301-303.

⁸¹ Argumento del Magistrado Louis Brandeis, en *Whitney vs. California* 274 U.S. 357, 375 (1927).

de la democracia deliberativa como una condición necesaria del sistema democrático. Desde el siglo V a.C. Pericles había reseñado en su panegírico de Atenas que la deliberación es un mecanismo indispensable para ejercer el control ciudadano sobre los asuntos propios de la cosa pública. La intervención permanente de los ciudadanos en el proceso de creación de decisiones como fuente de diálogos y argumentos, es una condición para que quienes toman en últimas las decisiones más trascendentales en democracias como la nuestra, tengan una serie de razones articuladas en términos de los valores públicos y la moralidad civil de la comunidad.

Es bien sabido –y padecido por muchos en sociedades semiperiféricas⁸² como la colombiana– que la desigualdad económica, y por ende social, conduce a la desigualdad en la representación política. De hecho, como señalan autores dentro de los que se cuentan Young⁸³ y Schattschneider⁸⁴, una de las cuestiones más problemáticas en la mayoría de democracias modernas, es la coexistencia simultánea y armónica de la igualdad política (*real*) con la profunda diferencia económica, donde los ciudadanos menos favorecidos están condenados a ser prisioneros de su extracción socioeconómica⁸⁵. En no pocos casos, la igualdad *formal* de todos los ciudadanos consagrada por la Constitución y la ley⁸⁶, no se traduce en una igualdad material como la realizada en casos determinados por la jurisprudencia constitucional. Los menos favorecidos económica y socialmente tienden a estar sistemáticamente marginados de todos los procesos de toma de decisiones.

Aunque los partidarios de la democracia deliberativa parten de perspectivas diversas –y en muchos casos antagónicas– coinciden en la necesidad imperante de proveer las bases teóricas necesarias, con la permanente preocupación por articularlas a los procesos reales de toma de decisiones, para que al interior de las sociedades contemporáneas se

⁸² Con referencia a los países centrales y los semiperiféricos, obsérvese el análisis socio-jurídico, presentado en, Mauricio García V. – Boaventura de Sousa S. (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre *et al.*, 2001, (T.I.) Primera Parte, cap. I.

⁸³ Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, 2000.

⁸⁴ Elmer E. Schattschneider, *The Semisovereign People. A Realist's View of Democracy in America*. New York: Dryden Press, 1960.

⁸⁵ Para el problema de cómo alcanzar la justicia en sociedades donde deben asignarse recursos escasos, consúltese, Jon Elster, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*. Cambridge University Press, 1983.

⁸⁶ Resulta singularmente ilustrativa en este punto la ironía con la que el escritor Francois Anatole Thibault (Anatole France) se refirió a la igualdad de la ley francesa: “*La Ley, en su majestuosa igualdad, le prohíbe al rico, al igual que al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan*”.

practique una democrática más incluyente y sólida que esté inspirada por el ideal de los modelos deliberativos de llegar a decisiones imparciales producto de amplios consensos entre ciudadanos libres e iguales.

La democracia deliberativa lucha por eludir las severas condiciones de inequidad en las decisiones públicas al interior de los sistemas jurídico-políticos occidentales, las cuales no hacen más que perpetuar entre los grupos sociales desfavorecidos una especie de situación de humillación severa que implica que sus miembros, los miles de ciudadanos excluidos al no tener voz para expresar sus necesidades y que padecen las funestas consecuencias ocasionadas por la pobreza, no se perciben a sí mismos como destinatarios ni como merecedores de derechos en la medida en que no fueron favorecidos con una “suerte social” (Rawls) que les dispensara la capacidad económica para suplir tales necesidades. Las fehacientes injusticias que padecen tantos miles de compatriotas hace que las heridas físicas (ocasionadas por la exclusión social, las enfermedades cuyo tratamiento resulta imposible de costear, el analfabetismo y, en general, la desprotección de sus derechos mínimos⁸⁷) se conviertan en las “heridas morales” de las que habla Axel Honneth⁸⁸. Y esa sociedad que se siente cada vez más excluida y marginada constituirán probablemente la delincuencia y la criminalidad del futuro, pues la experiencia o la contemplación de la injusticia deriva en la violencia o, como anota Sudarsky en este sentido⁸⁹, cuando el capital social no es el que llena la sociedad, lo hacen el crimen, la violencia y la carencia de ley.

⁸⁷ Un importante autor en las discusiones en torno al problema de la pobreza y los déficit en la realización de los derechos humanos, es Thomas Pogge, quien señala el proyecto globalizador de los países acaudalados como responsable en gran parte de la pobreza en otras naciones. Si bien muchas leyes reconocen formalmente los Derechos Humanos, materialmente son desconocidos en la medida en que se instauran o sostienen sistemas institucionales que contribuyen a la violación de derechos al obstruir las aspiraciones de poblaciones pobres al autogobierno democrático, a los derechos sociales y a una mínima suficiencia económica; violaciones que continua y previsiblemente ocasionan muertes prematuras debido a las consecuencias de la pobreza (hambre, diarrea, neumonía, malaria...). Las tesis políticamente pragmáticas de Pogge critican la perspectiva rawlsiana de la justicia global y, en particular, su tratamiento de las causas de la miseria y su concepción de la responsabilidad moral que tienen los países ricos respecto a la pobreza como un deber meramente asistencial. Consúltese, *La pobreza en el mundo y los Derechos Humanos*. Barcelona: Paidós, 2005; “Reconocidos y violados por la ley internacional” (Andrea León, trad.), en: Francisco Cortés – Miguel Giusti (eds.) *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007; “Ronald Dworkin, la controversia sobre el aborto y el problema del hambre global” (Leonardo García y Pablo Arango, trads.), a publicarse en: *Universitas Philosophica*. Universidad Javeriana, Bogotá.

⁸⁸ Axel Honneth, “Reconocimiento y obligaciones morales”, en: *Estudios Políticos* No. 14. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín (enero-junio) 1998.

⁸⁹ John Sudarsky, *El capital social de Colombia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 1999.

Si bien el cabildeo y la agregación de preferencias privadas en el proceso político son (no males necesarios sino condiciones) inevitables, las virtudes que le incorpora la deliberación a tal proceso resultan de ineludible referencia si queremos construir en Colombia un sistema democrático más justo y extensamente vinculante, y si, en últimas, pretendemos constituirnos como ciudadanía en una fuente auto-originante de pretensiones y reclamos, como diría Rawls.