

ALGUNAS CRÍTICAS AL PODER JUDICIAL CONSTITUCIONAL

*Joe Caballero Hernandez¹
Marcos Del Cristo De Leon Jaramillo²
Andrés Antonio Alarcón Lora³*

Resumen

El objetivo de este artículo consiste en exponer algunas críticas u objeciones al poder judicial constitucional, con base en las diferentes discusiones filosóficas jurídicas que han surgido desde finales del siglo XX y principios de siglo XXI. Las mismas, son bastante complejas y nutridas. La metodología de investigación es analítica crítica. Expondremos las dos principales críticas que se desarrollan en la actualidad, como la falta de legitimidad democrática y la actitud paternalista por parte de la Corte. Encontraremos entonces, que el poder judicial constitucional debe ser más democrático para que tenga mayor legitimidad.

Palabras clave

Tribunal constitucional, legitimidad, paternalismo, filosofía del derecho, derecho constitucional.

Abstract

The objective of this article is to present some criticisms or objections to the constitutional judiciary, based on the various legal-philosophical discussions that have arisen since the late 20th and early 21st centuries. These are quite complex and extensive. The research methodology is critical-analytic. We will present the criticisms currently underway, since while we are attempting to write this scientific literary sketch, many more criticisms are being developed by various authors. However, those that will be presented have been considered relevant. We will therefore find that the constitutional judiciary must be more democratic in order to have greater legitimacy.

Keywords

Constitutional court, legitimacy, paternalism, philosophy of law, constitutional law.

¹ Abogado Universidad de Cartagena, Magíster en Derecho Universidad de Cartagena. Docente Universidad de Cartagena. Email: joecaballerooh@hotmail.com

² Abogado, Especialista en derecho administrativo en Derecho Universidad Libre, Magíster en conflicto social y construcción de paz de la Universidad de Cartagena, Docente Institución Universitaria Mayor de Cartagena. Docente Universidad de Cartagena. Email: maddeja@hotmail.com

³ Abogado Universidad de Cartagena, Máster en derecho Universidad del Norte, Doctor en Ciencias de la Educación, docente de pregrado y posgrados en la Universidad de Cartagena. Correo electrónico: aalarconl@unicartagena.edu.co



Introducción

La Corte Constitucional Colombiana cumple un papel trascendental a la hora de resolver los casos difíciles (en palabras de Dworkin) o complejos (en palabra de Alchourrón o Bulygin) más importantes en la República de nuestro país. Este papel, ha sido otorgado por la constitución política de 1991 por varios factores, muy conocidos históricamente, entre los que podemos mencionar se encuentran: el fortalecimiento de las guerrillas de izquierda en Colombia, la aparición de narcotraficantes y su movimiento terrorista, el surgimiento de grupos paramilitares, la ineeficacia de respuesta por parte del Estado a todos los fenómenos sociales, el estancamiento económico por parte de la sociedad y la cultura mafiosa que influenciaba, con el dinero fácil, a toda la clase política y empresarial. Estos fenómenos, y el estado de terror y zozobra constante, permitieron la creación de la constitución del 91.

Por otra parte, existen factores teóricos y doctrinales que influenciaron en la creación y consolidación de la Corte Constitucional como órgano de revisión constitucional en el marco de la constitución de 1991, como fórmula para resolver los conflictos sociales que se desarrollaban en Colombia. La Corte Constitucional no existía institucionalmente antes de la constitución del 91. Algunos de esos factores que podemos mencionar son: la crisis del sistema normativo positivista en los juicios de Núremberg, la posición jurídica

y filosófica de Hans Kelsen sobre la defensa de la constitución, la creación de la constitución de Bonn en Alemania, la creación de los tribunales constitucionales Europeos, la necesidad de una nueva cultura jurídica que respetara la carta política del Estado, etc.

Es cierto que la influencia para el cambio de cultura jurídica proviene de la tradición Norteamericana y ha logrado permitir el desarrollo democrático de distintas repúblicas europeas y Latinoamericana. Sin embargo, no podemos omitir la existencia de críticas contundentes al interior de la tradición norteamericana y otras que se empiezan a gestar en Europa y Latinoamérica. Este escrito permite tener en cuenta dos principalmente: 1) falta de legitimidad democrática del tribunal constitucional y 2) concepción paternalista del tribunal constitucional; las cuales desarrollaremos en este escrito.

Metodología de investigación

Esta investigación está desarrollada con el propósito de identificar los argumentos críticos principales que circulan en el ámbito filosófico jurídico sobre el papel de los tribunales constitucionales en las democracias occidentales. La pretensión está centrada en revisar todas las críticas, y los argumentos desarrollados, con el objeto de analizar el carácter científico jurídico de los mismos que podrían permear en problemas institucionales que afecten la realidad jurídica de los tribunales constitucionales.

Para realizar el análisis de las críticas, y evitar un posible escalamiento de las mismas en los Estados de derecho occidentales, se desarrolló la metodología de investigación de teoría crítica usada por (Horkheimer, 2003) en la escuela de Frankfurt. Esta metodología no se limita a observar y describir la realidad social, sino que procuraba comprender sus los fenómenos que la causaban para brindar posibilidades de transformación o cambios. El enfoque de investigación es cualitativo debido a que describe y analiza los argumentos u opiniones científicas de los expertos en la materia.

Además, el método de investigación es descriptivo, analítico y crítico por el desarrollo argumentativo que se encontrara en el presente escrito. Por otra parte, las fuentes de investigación son secundarias por basarnos en dogmáticos de la filosofía del derecho que han analizado el campo de estudio. Precisamente, con esta base investigativo el lector se encontrara en primera medida las críticas sobre la falta de legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y después podrá profundizar en las críticas sobre las concepciones paternalistas del papel de los tribunales constitucionales.

Resultados y discusión

Falta de Legitimidad Democrática de los Tribunales Constitucionales

Muy a pesar de la gran contribución científica que se ha desarrollado con el principio de

proporcionalidad, y su técnica de ponderación, para ejercer el control de constitucionalidad en los tribunales constitucionales, existen varias críticas contundentes que perjudican la objetividad del método de aplicación judicial. Estas objeciones advierten, de manera general, que el tribunal constitucional no cuenta con la suficiente legitimidad para llevar a cabo las valoraciones y las apreciaciones que le exige la aplicación de la ponderación constitucional, debido a que, este principio de proporcionalidad no se orienta por criterios jurídicos certeros porque el intérprete lleva a cabo valoraciones subjetivas.

El profesor **Oscar Mejía Quintana** de la Universidad Nacional ha sido uno de los críticos en Colombia de la corte Constitucional. Precisamente en su artículo, *Elites, Eticidades y constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia* del año 2007, consideraba que el procedimiento de la corte no establecen métodos seguros de participación ciudadana, debido a que epistemológicamente debe reconocerse a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar directamente sus leyes.

También, consideraba que debían existir mecanismos que permitieran cuestionar al tribunal constitucional y mecanismos de responsabilidad política de los miembros de este último en caso de brindar soluciones perjudiciales a la ciudadanía (Mejía, 2007, pág. 247).



Además, nos atrevemos a agregar a la crítica realizada por Mejía Quintana, que existan Mecanismos de responsabilidad política contra las normas creadas por el congreso de la república, tal como se desarrollaba en la antigua Atenas con el mecanismo del *Graphe Paranomon*. (Schwartzberg, 2009).

No obstante, y lo particular de estas críticas al constitucionalismo colombiano, las críticas a los tribunales con poder para interpretar la constitución no son nuevas. En el año 1963, el autor **Alexander Bickel**, en su libro *the least dangerous branch*, en su primer capítulo *Establishment and justification of judicial review*, consideraba que la famosa sentencia *Marbury vs Madison* (1803), expedida por la Corte Suprema Federal Norteamericana, era “*A historical accident attributable to the political configuration of the earliest years*” (traducción: un accidente histórico atribuible a la configuración política de los tempranos años). Es decir, fue una intrepretacion constitucional muy ligada a la política de la época. De igual forma, se permitio criticar a otra sentencia expedida 50 años después. La sentencia *Dred Scott vs Sandfor* (1853), la cual consideraba como “*exceedingly bad odor, it was asserted in a fashion that would have assured its evanescence rather than permanence*” (traducción: Existió extremadamente un mal olor, se afirmó de una manera que habría asegurado su evanescencia en lugar de permanencia). Es decir, una mala sentencia que nunca debió interpretarse porque casi elimina la existencia del control de constitucional

norteamericano, o como ellos le llaman *Judicial Review*.

Crítica de Laurent B. Frantz

Por otra parte, el autor **Laurent B. Frantz**, en su libro *is the first amendment law- a reply to profesor mendelso* del año 1963 consideraba que “es incommensurable una técnica de comparación o medición de los derechos presentados en un caso, por carecer de legitimidad de elección en esa medición de intereses o bienes” (Frantz, 1963).

Sabemos, que la ponderación es una acción de sopesar o determinar un valor a dos intereses que entran en conflicto en un caso concreto, para posteriormente decidir cuál debe prevalecer y para solucionar, de esta forma, determinado problema constitucional.

Pero la crítica de Frantz, sostiene que

Una ponderación debe ser considerada racional en el evento de apelar a un denominador común que permita balancear el peso de lo ponderado. En este sentido, en el campo de los derechos fundamentales no existe un común denominador que asigne un peso en específico a los intereses o bienes que se encuentran en conflicto. Es por lo anterior, que no existe una commensurabilidad clara al momento de realizar una elección específica. (Frantz, 1963)

Crítica de Ernst Forsthoff

En otro hemisferio, con el libro *El Estado de la sociedad industrial* del año 1975, el autor **Ernst Forsthoff** consideraba que “*el principio de proporcionalidad le perturba su carácter de criterio racional y lo convierte en un peligroso instrumento de intervención en la órbita de competencia que la constitución le atribuye al legislador*”. Es decir, su tesis consiste, en que el principio de proporcionalidad es un instrumento que procede de la función administrativa del Estado, la cual, ha funcionado idóneamente para el control jurisdiccional de las actuaciones de la policía en Alemania.

Pero es perentorio precisar, que en el contexto alemán, la finalidad de la policía aparece bastante delimitada en la ley, donde les corresponde, tratar de preservar la seguridad y el orden utilizando mecanismos benignos en cada caso, porque la ley determina con detalle un catálogo de medios para seleccionar. Según el caso, se debe cumplir con el mecanismo más benigno.

Este mecanismo de proporcionalidad, comenta Forsthoff, se implementa por los tribunales constitucionales mutado cualitativamente “*la tendencia de la jurisprudencia del tribunal constitucional a someter los fenómenos de la vida constitucional a conceptos y criterios administrativos, se presenta con especial claridad en la aceptación de una discrecionalidad legisladora en la promulgación de leyes*

que intervienen en los derechos fundamentales” (Forsthoff, 1975, pág. 240).

Esta utilidad es un tanto compleja, debido a que, el legislador debe articular el conjunto de intereses sociales implícitos en la constitución en el curso de la democracia y el debate político.

La mutación cualitativa consiste entonces, en que el juez constitucional elige por el legislador las opciones valorativas y apreciativas, usurpando su competencia para configurar la vida política de la sociedad. Los jueces no están en la capacidad de comprender el contexto político de forma *a priori*. Además de lo expuesto, Forsthoff considera que “*la jurisdicción constitucional es la evidente ruptura del principio de separación de poderes*” (Forsthoff, 1975, pág. 224).

Por su violación competencial y porque a diferencia de los otros poderes públicos que son elegidos por voto popular, la jurisdicción constitucional no tiene responsabilidad alguna en sus decisiones por no ser elegidos democráticamente. Así que, la única forma en que pueda funcionar el principio de proporcionalidad es que se exija que en su intervención sobre la esfera privada la interpretación constitucional sea proporcional a los fines perseguidos por la sociedad. (Forsthoff, 1975)

Crítica de Alexander Aleinikoff

El autor Alexander Aleinikoff en su libro *Constitutional law in the age of balancing*



del año 1987, considerar que “el tribunal norteamericano cuando ejerce sus funciones constitucionales aplicando la ponderación, termina armonizando los intereses democráticos que en todo Estado de Derecho se le ha atribuido al Legislador” (Aleinikoff, 1987).

Las actuaciones públicas que son discernidas dentro del parlamento y que inciden en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una actividad, para Aleinikoff, meramente política. Por consiguiente, resulta preocupante para el autor que la ejerza el tribunal constitucional, el cual, carece de legitimación popular directa y su función principal consiste en aplicar el derecho y no elegir fórmulas de arreglo entre intereses políticos contrapuestos (Aleinikoff, 1987).

Otra hipótesis que plantea el autor es la concerniente a la idea de que la función de la jurisdicción constitucional no consiste en enmendar los errores del legislador sino en detectar cuando han sido menospreciado y vulnerados ciertos intereses minoritarios en la discusión del legislador.

Si la función del tribunal consistiera únicamente en proteger los intereses dejados a un lado por la discusión parlamentaria, sus decisiones no solo suspenderían la vigencia de la ley sino también le harían un llamado al legislador para modificarla por no haber tenido en cuenta los intereses excluidos en el debate democrático inicial. Con lo cual, tutelar a las minorías no tendría la fuerza suficiente para

legitimar por si sola la primacía de las ponderaciones del tribunal sobre las ponderaciones parlamentarias. (Bernal, 2007)

La tercera hipótesis de Aleinikoff para superar la objeción de la falta de legitimidad, es que tribunal constitucional cuando ejerce una ponderación no articula los intereses políticos en conflicto de la misma manera que lo hace el parlamento, debido a que interpreta la constitución.

Este argumento de legitimación de la práctica de la ponderación se enfrenta con el problema de incommensurabilidad, porque el equilibrio entre los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los objetivos políticos no pueden obtenerse sino por decisiones subjetivas, es decir, posiciones políticas. (Aleinikoff, 1987)

La Actitud Paternalista del Tribunal Constitucional

Uno de los autores que atacan esta actitud paternal de los tribunales que interpretan la constitución es el autor **Jeremy Waldron**, en su libro *Derecho y desacuerdos*, de 2005, el autor considera que:

Nuestro respeto por los derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legisla-

tivo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos, y de altos principios, los únicos en quienes solo se puede confiar (Waldron, 2005, pág. 254).

Su poder paternal analógicamente parecido a la posición paterna-filial que ejerce un padre frente a la actitud irracional de sus hijos.

Para aclarar el concepto de paternalismo en el ámbito del derecho, es preciso afirmar que el primero que introdujo el término fue el autor *Herbert Hart* en el ámbito de la filosofía moral y jurídica. Esto lo desarrollo como un argumento contra el moralismo jurídico defendido por el autor *Lord Devlin*. Este último, consideraba que existía una irrelevancia otorgada por el derecho penal al consentimiento de la víctima que mostraba un fundamento moralista en la legislación. Hart con una posición distinta, sostuvo que las normas que pretenden excluir el consentimiento de la víctima como una eximente de responsabilidad en la acusación de asesinato o agresión pueden ser consideradas como un caso de paternalismo, dirigido a proteger a los individuos de sí mismos. En este caso en específico, a Hart justificó la actitud paternalista por la existencia de “una conciencia creciente de un gran conjunto de factores que disminuyen la significación que hay que atribuirle a una elección o consentimiento aparentemente libre” (Hart, 1963, pág. 32).

En lo concerniente a la “conciencia aparentemente libre” va a constituir el debate principal en esta crítica sobre el paternalismo del tribunal constitucional, debido a que, aparentemente quien asume una actitud paternalista presupone algún tipo de déficit o incapacidad en el sujeto sobre el que actúa, es decir, frente a la sociedad por no poder resolver sus problemas políticos, y frente al legislador por no crear normas que necesita la sociedad.

Ruth Zimmerling, sostuvo que el poder es una forma de afectar un estado de cosas tanto en las creencias empíricas como normativas de una persona (Zimmerling, 2005). Es decir, ejercer una acción intencional frente a otro para cambiar sus creencias tanto empíricas como normativas. Esta labor puede ser ejercida por influencia o por coacción, pero es más asimilable que la violencia.

Posición de Dworkin.

Dworkin en su libro *Ética privada e igualitarismo político* del año 1993 considera la existencia de un paternalismo crítico coercitivo por parte del Estado, el cual se caracteriza porque intenta “mejorar la vida de los ciudadanos obligándoles a actuar de maneras que ellos piensen que empeoran su vida” (Dworkin, 1993, pág. 143).

Con lo anterior considera el autor, que lo que pretende el Estado es beneficiar a los individuos dándole pautas morales y jurídicas a pesar de no ser aceptada en sus hábitos.



Ejemplo de ello, puede ser; el aumento del precio de los cigarrillos para que los fumadores cuiden sus pulmones o el aumento en las bebidas azucaradas para que los consumidores cuiden su dieta y salud, etc.

En este contexto en particular, podemos decir que su atribución paternal no fue creada de forma violenta, sino que se consagro en el marco de una constituyente, es decir, fue creada por el constituyente primario para ser ejercida por un grupo selecto de personas que obligan con sus decisiones a una sociedad.

Posición de Francisco Laporta

En su artículo *El ámbito de la constitución* del año 2001, Laporta afirma que en el plano de desarrollo de los tribunales constitucionales es preciso tener en cuenta el contexto o ámbito en el que se plantea este auto-paternalismo, ya que, el proceso neoliberal económico influencio mucho para la conformación de esta institución judicial.

El argumento de Laporta se ratifica de la siguiente manera: “*quienes ordenan la vinculación no son generalmente los que van a sufrir (...) se trata de individuos distintos o de generaciones distintas*” (Laporta, 2001, pág. 464). Es decir, el constituyente se auto ata por miedo a los fenómenos futuros que puedan existir en la sociedad, cohibiendo evidentemente la racionalidad y el ejercicio de las futuras generaciones democráticas (Laporta, 2001).

Posición de Macario Alemany

En su artículo *El concepto y la justificación del paternalismo*, Macario Alemany considera que esta actitud de los tribunales constitucionales es incompatible con la democracia. El simple hecho de que las “*disposiciones se apliquen a los destinatarios de las mismas sin requerir para ello su consentimiento individual son heterónomas y, por tanto, susceptibles de ser paternalistas*” (Alemany, 2005, pág. 282).

Precisamente entre las justificaciones que se le dan a este propósito anti democrático, se encuentran dos con mayor resonancia: la idoneidad y necesidad del paternalismo y la incapacidad de los individuos de la sociedad.

Según Alemany, la idoneidad y la necesidad de la actitud paternalista se justifica con el hecho de evitar algún daño que pueda ocurrir al individuo en la sociedad, y para ello, las normas son los medios adecuados para evitar que los individuos se causen daños. La objeción principal a este planteamiento, es sin duda alguna, con respecto a las teorías o percepciones subjetivas que el que asume la posición paternalista, en este caso el tribunal constitucional, considera como daño o los medios adecuados para solucionarlos. A priori, esta posición se puede considerar como una falta de legitimidad de la democracia.

Conclusiones

Por otra parte, y con la finalidad de brindar soluciones a las críticas, el autor Mark Tushnet presenta otra propuesta con respecto al poder constitucional de los tribunales. En su artículo *Revision judicial dialogica* del año 2014, Tushnet propone crear un método de revisión judicial dialógica, la cual, consideraría alentar interacciones dialécticas entre las distintas ramas del poder para encontrar entre las distintas posiciones interpretaciones razonables cual es la más acertada al canon constitucional, es decir, la interpretación que se encuentre más aproximada a lo estipulado en la constitución pero que satisfaga las necesidades del contexto (Tushnet, 2014).

La revisión judicial dialógica debe realizarse a lo largo del tiempo. Esta dimensión temporal nos permitiría incluir en el modelo general de la revisión judicial algunos aspectos importantes. El primer aspecto fenomenológico es el dialogo que puede sostenerse entre las legislaturas y el órgano judicial.

Deben poder encontrar, en los diálogos entre los dos órganos de poder, algunos consensos sobre materias que no estaban estipuladas en la constitución, con ello es posible, que se consigan realizar modificaciones constitucionales que estén de acuerdo a interpretación judiciales con fundamentaciones razonables para realizar las modificaciones pertinentes. (Tushnet, 2014)

Complementando el aporte de Tushnet, es importante tener en cuenta las movilizaciones sociales ya que ayudaría a mejorar el sistema democrático y la garantía de derechos constitucionales.

Bibliografía

- Aleinikoff, A. (1987). *Constitutional law in the age of balancing*. Michigan: The yale law school.
- Alemany, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *DOXA*, 265-303.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Dworkin, R. (1993). *Etica privada e igualitarismo politico*. Barcelona: Paidos.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Frantz, L. (1963). *is the first amendment law-a reply to profesor mendelson*. California: California law review.
- Hart, H. (1963). *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford university press.
- Laporta, F. (2001). El ambito de la constitucion. *DOXA*, 460-480.



Mejia, O. (2007). *Elites, Eticidades y constitución. Cultura politica y poder constituyente en Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.

Nino, C. (2007). *Etica y derechos humanos*. Buenos aires : Astrea.

Schwartzberg, M. (2009). *Was the graphe paranonan a form of judicial review?* Dallas: Cardozo law review.

Sunstein, C. (1993). Legal interferences with private preferences. En J. De paramo, *Tolerancia y liberalismo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Tushnet, M. (2014). Revision judicial dialogica. En R. Gargarella, *Por una justicia dialogica. el poder judicial como promotor de la deliberacion democratica* (págs. 105-116). Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Zimmerling, R. (2005). *Influence and power*. Kluwer.