

JORGE ERNESTO
ROA ROA

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DELIBERATIVO**
**EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL,
LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD
Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL
JUDICIAL AL LEGISLADOR**

| | |
|---|-----|
| 2. Los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición o la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos | 562 |
| 3. La acción pública de constitucionalidad y las violaciones a los derechos humanos por la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: hacia la subsidiariedad material de la Corte Interamericana | 570 |
| 3.1. La idoneidad del acceso directo al control abstracto de constitucionalidad frente a: los demás modelos de acceso, el control difuso y los recursos de amparo | 570 |
| 3.2. Las ventajas para los individuos derivadas del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad | 574 |
| 3.3. Los Estados se benefician del modelo de acceso directo al control abstracto de constitucionalidad | 576 |
| 3.4. Subsidiariedad efectiva y menos casos para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos | 579 |
| 4. La acción pública de constitucionalidad y el control de convencionalidad de alta intensidad | 582 |
| 4.1. Los tres instrumentos del mecanismo institucional interamericano para la solución de antinomias: interpretación conforme, principio <i>pro persona</i> y control de convencionalidad | 582 |
| 4.2. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad | 587 |
| 4.3. El sistema mixto de control de constitucionalidad, el acceso directo a la justicia constitucional y el control de convencionalidad | 590 |
| 5. La acción pública de constitucionalidad como un instrumento para el diálogo entre tribunales | 595 |

EPILOGO

| | |
|--|-----|
| UN ARGUMENTO A FAVOR DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL | 601 |
|--|-----|

BIBLIOGRAFÍA CITADA

TABLA DE CASOS

PRÓLOGO

Es para mí un verdadero honor prologar el libro que el lector tiene en sus manos. La obra nace de la tesis doctoral que Jorge Ernesto Roa Roa presentó el 29 de noviembre de 2017 en la Universidad Pompeu Fabra, y que tuve el gusto de dirigir. La comisión evaluadora de la tesis estuvo integrada por tres juristas de indudable prestigio en la disciplina del derecho constitucional: Humberto Sierra Porto, que actuó como presidente, María Ángeles Ahumada Ruiz y Enric Fossas Espadaler. La comisión doctoral otorgó al trabajo, por unanimidad, la máxima calificación posible: sobresaliente *cum laude*. Además, la investigación fue acreditada por unanimidad con la mención internacional conferida por dos evaluadores europeos anónimos. Y, como si lo anterior fuera poco, esta pesquisa recibió el accésit del Premio Nicolás Pérez Serrano a la mejor tesis doctoral en derecho constitucional que confirió el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España en el año 2017. Y es que nos encontramos ante una obra de madurez sorprendente, dada la juventud de su autor.

Existen, desde luego, una gran cantidad de trabajos publicados sobre temas relacionados con la justicia constitucional, y más precisamente sobre el control de constitucionalidad de la ley. Esta explosión bibliográfica refleja la progresiva extensión del instituto del control de constitucionalidad a lo largo y ancho del mundo. Sin embargo, a pesar de la riqueza de la producción científica acumulada, subsiste una laguna significativa, que el libro de Jorge Ernesto Roa Roa contribuye a colmar.

En efecto, por un lado, abundan los libros y artículos que examinan con exhaustividad los múltiples detalles de la regulación normativa y la práctica jurisprudencial que se proyectan sobre el control de constitucionalidad. Se trata de obras de gran utilidad cuyo foco de atención es el ordenamiento de un determinado país, aunque últimamente es habitual introducir dosis de derecho comparado. Ahora bien, sus autores suelen dar por descontada la legitimidad de la institución. Apenas se plantean la existencia de una posible tensión con el principio democrático.

Por otro lado, los filósofos llevan varias décadas discutiendo a propósito de la justificación del control de la ley en un contexto democrático. Las diversas etapas por las que discurre el debate están asociadas a la publicación de alguna obra que destaca por la radicalidad de la postura defendida. La conversación filosófica resulta reveladora de las diversas tesis, argumentos y contra-argumentos que cabe formular sobre la cuestión. Por lo general, sin

embargo, los filósofos dejan de lado las cuestiones más específicas relativas al diseño institucional y a la praxis jurisprudencial.

En la cultura estadounidense, los juristas y los filósofos han logrado formar un cierto espacio común, a pesar de la separación existente entre las dos comunidades epistémicas. En ese espacio se han podido escuchar las voces de John Rawls, Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, por ejemplo, pero también las de John Ely, Bruce Ackerman, Owen Fiss y Lawrence Sager, entre otros muchos. Los filósofos han profundizado en los fundamentos normativos del control de constitucionalidad, mientras los juristas han sabido trasladar sus ideas al terreno de la práctica del derecho constitucional. Así, desde que Alexander Bickel lanzara su famoso desafío, al destacar el carácter "contra-mayoritario" de la justicia constitucional, diversos autores han propuesto una serie de teorías que han afectado, en mayor o menor medida, el modo de concebir el papel de la Constitución en el sistema democrático, y la manera de interpretar el texto constitucional.

En otras culturas, en cambio, no se ha producido ese encuentro entre el discurso filosófico y la práctica del derecho. Por ello, si el jurista se interesa excepcionalmente por el debate acerca de los fundamentos del control de constitucionalidad, se ve forzado a seguir las polémicas habidas en Estados Unidos. El trasfondo de dichas polémicas, naturalmente, es un ordenamiento particular, por lo que las conclusiones alcanzadas no se pueden aplicar mecánicamente a otros lugares.

En este libro, Jorge Ernesto Roa Roa nos muestra las posibilidades de establecer mediaciones entre la filosofía y el derecho. Él se acerca a la mejor literatura iusfilosófica contemporánea para entender la razón de ser de la justicia constitucional, así como para sopesar las objeciones que se le pueden oponer. Al mismo tiempo, nuestro autor tiene un perfecto conocimiento del origen y evolución del sistema constitucional colombiano, y de los problemas a los que se enfrenta en diversos campos. Jorge Ernesto Roa Roa combina con tino la teoría constitucional y el derecho constitucional positivo. La síntesis de lo abstracto y lo concreto es la clave de su planteamiento.

El libro se centra en una pieza esencial del sistema jurídico colombiano: la acción pública de constitucionalidad. Este instrumento permite a los ciudadanos combatir de forma directa, y sin que se requiera la afectación de intereses concretos, la constitucionalidad de las leyes. Figura fascinante en el panorama del derecho comparado, la acción pública de constitucionalidad no ha ocupado hasta ahora el lugar central que merece en las reflexiones generales sobre la legitimidad del control de la ley. Como bien explica Jorge Ernesto Roa Roa, el

estudio de los mecanismos de acceso al control de constitucionalidad tiende a verse postergado en favor de otros temas, como los procedimientos de selección de los jueces encargados del control de constitucionalidad o los efectos de sus sentencias. Pero es manifiesta la necesidad de entender dichos mecanismos para poder captar la lógica de la justicia constitucional de cada país.

El libro está estructurado con inteligencia, invitando al lector a contemplar la acción de constitucionalidad desde diversos ángulos. Siguiendo el camino trazado por nuestro autor, el lector comprende bien, desde el comienzo, la naturaleza de este instrumento, al hallarlo definido por contraste con otras modalidades de acceso a los tribunales. A continuación se exponen los detalles de la regulación procesal, para pasar entonces a responder con maestría a las objeciones que tradicionalmente se han levantado frente a la acción pública. Llegamos entonces al corazón del estudio, en el que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional se presenta como condición para legitimar democráticamente el control de la ley en Colombia. Ello permite contestar con solvencia los argumentos que Jeremy Waldron ha articulado en contra del control de constitucionalidad, contextualizándolos en una determinada realidad política y social. Para rematar el análisis, Jorge Ernesto Roa Roa explica cómo se combinan en Colombia elementos de constitucionalismo "fuerte" y "débil", y muestra que la operatividad de la acción pública contribuye a satisfacer las exigencias derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estamos, en fin, ante un libro de extraordinaria riqueza, fruto maduro de un largo proceso de investigación y reflexión, que pone de manifiesto el gran talento de Jorge Ernesto Roa Roa. La comunidad académica debe estar de enhorabuena por la publicación de este estudio, que constituye una aportación muy relevante a la moderna reflexión sobre la justicia constitucional.

Víctor Ferreres Comella

Catedrático de Derecho Constitucional,

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

Visiting Professor, University of Texas at Austin

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a las instituciones que han apoyado la realización de las diferentes etapas de esta investigación: la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación de Cataluña.

En la Universidad Externado de Colombia debo especial gratitud a sus rectores: Fernando Hinestrosa y Juan Carlos Henao. Asimismo, a los directores del Departamento de Derecho Constitucional: Néstor Osuna y Magdalena Correa Henao.

He sido muy afortunado al pertenecer a dos unidades académicas del más alto nivel: el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (UPF). Tanto en la Universidad Externado como en la UPF hay personas que son simultáneamente mis maestras, colegas y amigas. Todas ellas han dejado una huella imborrable en esta investigación. Por esa razón, no quiero cometer la injusticia de nombrar solo a algunas personas del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado, porque todas ellas saben que son la familia con la cual decidí compartir el resto de mi vida académica.

Durante mi paso de seis años por el Área de Derecho Constitucional de la UPF tuve la maravillosa oportunidad de conocer, aprender y construir una gran amistad con Aida Torres, Gracy Pelacani, Juan Camilo Herrera, Mari-bel González, Marcela Priego, Marta Caredda y Joan Solanes. Joan, además, ha sido mi compañero de oficina y ese privilegio me ha permitido aprender directamente de su capacidad de trabajo, dedicación y disciplina. Guardaré con cariño los mejores recuerdos de este fabuloso equipo en el que también compartí con Andrés Cervantes, Dmitrij Lisovskij, Héctor López, Marc Carrillo, Rafael Bustos y Rafael Jiménez.

Sea esta la oportunidad para agradecer también a todo el equipo administrativo del Departamento de Derecho de la UPF. Allí me han acogido con cariño y han soportado con paciencia todas mis gestiones.

El capítulo 1 de este libro fue escrito durante una estancia de investigación en la Università degli Studi di Trento bajo la supervisión del profesor Roberto Toniatti. El capítulo 2 fue escrito durante mis visitas a la Universidad Externado de Colombia para impartir clases en los programas de especialización y maestría en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Público. El capítulo 7 fue escrito en

London durante el verano del año 2015 y las ideas centrales fueron presentadas y discutidas en mi intervención durante el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se realizó en septiembre de 2015 en la ciudad de Bogotá. El capítulo 8 fue escrito durante una estancia de investigación en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg bajo la supervisión del profesor Armin von Bogdandy y la profesora Mariela Morales Antoniazzi. En todas estas instituciones, y en las demás universidades y congresos en los cuales tuve la oportunidad de presentar los resultados parciales de mi investigación, recibí preguntas, comentarios, sugerencias y desafíos. Lo mejor de estos capítulos se debe precisamente a esos intercambios deliberativos y constructivos con investigadores, maestros, colegas, estudiantes y amigos.

La mayor parte de esta investigación ha sido escrita en bibliotecas. Por esa razón, agradezco a Sandra Berg, de la biblioteca del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, y a Teresa Massas, de la biblioteca del Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña. Ellas pusieron sobre mi escritorio piezas clave para mi investigación y, a pesar de la distancia, me mantuvieron siempre actualizado en cuanto a las más recientes novedades editoriales en derecho constitucional, derecho internacional y filosofía política.

Durante estos años ha sido un verdadero privilegio haber participado en conferencias, seminarios y conversaciones con José Juan Moreso, José Luis Martí y Roberto Gargarella. Aprecio mucho que se hayan tomado en serio todas mis ideas y generosamente hayan dedicado parte de su tiempo a contestarme, replicarme, corregirme y sacarme de la ignorancia. También han sido muy provechosas y estimulantes las conversaciones con Pablo Riberi y Víctor Bazán.

Quiero agradecer a Sabrina Ragone, quien ha sido una amiga entrañable, una crítica implacable y un referente difícil de seguir. La intensidad de su trabajo académico y su proactividad le dan todavía más brillo a su fabulosa inteligencia.

La investigación doctoral es un periodo adecuado para hacer espacio en el corazón a muchas personas maravillosas, y no hay mención que pueda reflejar el afecto y el cariño de todos estos años: Ana Martínez, Bolívar Portugal, Carlos Chinchilla, Carmen Saiz, Douglas Zaidan, Esther Angles, Felipe Rey, Gustavo Zavala, Indira Latorre, Jesús Becerra, Joan Roselló, José Saiz, Juan Covilla, Kassandra Soto, Mar Escardó, Omar Vázquez, Pablo Barreda, Pere Ripoll y Rosario Arrieta; todas ellas y mis amigas de Colombia han soportado de buena manera todos mis defectos como amigo. Dice mucho de su generosidad el hecho incuestionable de que me sigan queriendo. Desde luego, Claudia

Patricia fue una compañera maravillosa que inspiró los esfuerzos que hicieron posible esta investigación.

Desde los primeros años de la carrera de Derecho, Alexei Julio Estrada, Carlos Bernal Pulido y Juan Carlos Upegui han seguido de cerca mi proceso de formación y me han animado constantemente para continuar hasta lo más alto posible. La amistad de ellos tres me honra de manera inmerecida.

Una de las razones principales para realizar mi investigación doctoral en Barcelona fue la posibilidad de trabajar al lado de Víctor Ferreres Comella. Su disciplina ha sido un ejemplo y sus publicaciones, una inspiración. Él ha orientado esta investigación como el director de una orquesta sinfónica: ha sido una pieza imprescindible que se ha encargado de que todos los instrumentos suenen en el momento adecuado, con el tono justo, al ritmo correcto y administrando adecuadamente los silencios. Desde luego, ningún director de orquesta, por talentoso que sea, puede hacer que los músicos logren aquello que sus habilidades personales no les permiten. Si esta investigación no suena como una pieza de Mozart, tal y como Víctor habría querido, la responsabilidad es exclusiva de quien no logró seguir la batuta del director.

No tengo palabras para agradecer a Alejandro Saiz Arnaiz y Humberto Sierra Porto. Cualquier cosa que pueda dejar consignada aquí para mostrar mi cariño y gratitud será insuficiente. Nunca les podré retribuir el gran valor de su ejemplo como académicos, jueces y seres humanos, sus enseñanzas, sus consejos y su apoyo incondicional. Si es posible hallar algún mérito en este trabajo, me gustaría dedicárselo a ellos.

El esfuerzo y el sacrificio detrás de este libro también están dedicados a mi familia, sin la cual nada habría sido posible y nada tendría sentido.

La mayor parte de los desacuerdos públicos relevantes que han surgido durante las tres últimas décadas en Colombia han sido resueltos por un juez constitucional. En concreto, la mayoría de nuestros desacuerdos sociales han sido discutidos, delimitados y definidos en última instancia por la Corte Constitucional. Como si esto fuera poco, es altamente probable que los jueces constitucionales sigan desatando los nudos de nuestras reflexiones como sociedad durante muchos años más.

El fenómeno descrito previamente no resulta extraño bajo el paradigma del Estado constitucional. Por el contrario, se trata de una ventaja material cuando la judicatura constitucional es independiente, se toma en serio el texto constitucional, aplica los estándares internacionales sobre derechos humanos y fomenta la deliberación pública. Por satisfacer todas estas condiciones, la justicia constitucional colombiana es objeto de estudio, referencia y admiración por parte de jueces e investigadores de todo el mundo. Asimismo, Colombia tiene uno de los tribunales constitucionales con el mayor grado de reconocimiento y respeto global, por lo que este se ha convertido en un *modelo de prestigio* dentro del derecho constitucional comparado.

Las anteriores premisas contrastan con las fuertes tensiones que genera internamente la justicia constitucional y con el déficit de deliberación en torno a los problemas relacionados con su diseño, funcionamiento y fundamentación democrática¹. Además, en Colombia no se ha dado un debate prolijo, mantenido, constante y abierto sobre aspectos centrales del sistema constitucional y sobre los fundamentos de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad². Lo anterior implica que una buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional suscita un debate profuso e intenso pero a la vez carente

1 Desde luego, Colombia no es el único país con una justicia constitucional fuerte, reconocida y respetada, pero con un alto déficit de deliberación interna sobre aspectos centrales, como la estructura judicial y la compatibilidad del control de constitucionalidad con el sistema democrático. Sobre la situación de Sudáfrica cfr., p. ej., KLUG, HEINZ. *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 223.

2 Para algunos trabajos sobre la materia que constituyen la excepción que confirma la regla, cfr. BERNAL PULIDO, CARLOS. "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 7, 1999, pp. 121-139 y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". *Revista Precedente*, n.º 25, 2006, pp. 37-68.

de un marco de análisis sobre la compatibilidad de la justicia constitucional con la democracia.

Para justificar el hecho de haber mirado hacia otro lado durante todo este tiempo no es suficiente con señalar que la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional conduce a un debate que se ha desarrollado esencialmente en Estados Unidos y en Europa. No es suficiente con repetir —con Bruce Ackerman— que cada año aparecen varios autores que juran tener la respuesta a la objeción democrática al control de constitucionalidad como un pretexto para resignarnos a no debatir en clave contextual o dejar de buscar nuestra propia respuesta. Indiscutiblemente, la inercia puede ser una aliada perfecta para encontrar la comodidad que implica rehusarse a pensar en nuestras estructuras judiciales y en nuestra organización como sociedad y como democracia.

En contra de las excusas y del pesimismo epistemológico, es plausible sostener que el debate en torno a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad se mantiene constante y se renueva en la medida en que se postulan nuevos argumentos para defender u objetar la existencia de controles judiciales al legislador. Dentro de los últimos avances teóricos en esta discusión global se ha aceptado, *inter alia*, que la legitimidad democrática de la revisión judicial no es una cuestión absoluta sino de grado; que el mejor modelo de control de constitucionalidad depende del diseño institucional de cada sistema político y jurídico; que los esquemas europeo y norteamericano son insuficientes para analizar los problemas actuales de la revisión judicial de la ley; que pueden existir ordenamientos jurídicos en los que la última palabra en materia de interpretación de la Constitución sea el producto de un diálogo entre la Corte Constitucional y el legislador; que es posible encontrar un punto intermedio entre las fórmulas del constitucionalismo fuerte y débil, y, especialmente, que los sistemas de América Latina tienen características históricas, políticas y jurídicas que justifican una discusión regional sobre la compatibilidad del control de constitucionalidad con el principio democrático.

Todos estos avances nos resultan lejanos cuando anteponemos con soberbia la falsa convicción de que la legitimidad democrática del control de constitucionalidad es un tema cerrado o superado dentro del constitucionalismo colombiano. Desde luego, también perdemos la oportunidad de ser interlocutores válidos para otros contextos y de aportar a un debate sobre el cual todavía no se ha dicho la última palabra dentro de la teoría constitucional.

Iniciar la deliberación y encontrar argumentos sólidos para defender el modelo colombiano de justicia constitucional es una responsabilidad inaplazable con nosotros mismos, con los ciudadanos y con quienes admiran el sistema

constitucional de Colombia. Como señala Ferreres, plantear el problema de la compatibilidad de un sistema de justicia constitucional con la democracia “no quiere decir que no sea posible dar razones para justificar el control judicial de la ley. Lo que sí significa es que existe una tarea teórica a realizar, que es precisamente la búsqueda de razones que permitan responder a esa objeción”³.

EL COMIENZO DE LA DELIBERACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO DE UNA FORTALEZA CON POTENCIAL GLOBAL

El primer paso, entonces, es tomar en serio la objeción democrática que se opone al control de constitucionalidad como un problema que afecta al sistema constitucional colombiano. Esta es una condición necesaria para descubrir nuestras propias deficiencias, destruir los prejuicios propios o ajenos y potenciar nuestras fortalezas. Nuestro prestigio y pundonor como sistema constitucional se fortalecerán si dejamos de omitir o aplazar esta discusión y empezamos a mostrar que tenemos aportes serios que entregarle al constitucionalismo global. De esa manera, los resultados destacables de la labor de nuestra Corte Constitucional en materia de protección de los derechos se sumarán a la legitimidad democrática de nuestra justicia constitucional. Aún más, si algún día desaparecen esos resultados favorables, todavía nos quedará una base sólida para continuar.

No es necesario exagerar las virtudes del modelo colombiano de control de constitucionalidad para aceptar que se trata de un sistema de justicia constitucional abierto al ciudadano y (altamente) compatible con el sistema democrático. Desde luego, ninguno de nuestros puntos fuertes supera todo el problema que representa la objeción democrática al control de constitucionalidad; pero, ¿quién ha dicho que la cuestión sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad es un tema de todo o nada? Avanzamos bastante cuando logramos potenciar el grado de legitimidad de nuestro sistema constitucional. Siempre hará falta algo, el vaso no puede estar siempre completamente lleno, ¿pero por qué no ver los 9/10 de contenido sin obsesionarse con el 1/10 que hace falta? Quizá descubramos que ese décimo vacío es necesario y no representa una cuestión fatal para nuestro constitucionalismo y nuestra democracia. Desde luego, también podemos concluir que el décimo que nos hace falta

3 FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Justicia constitucional y democracia*. 2.ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 46.

es un elemento estructural y un gran problema. En ese caso, ya sabemos qué debemos cambiar y qué podemos mantener.

En ese marco, este trabajo defiende que entre las mejores cosas que tenemos para mostrar se encuentran el funcionamiento de nuestro sistema de acceso ciudadano al control de constitucionalidad y las consecuencias estructurales y deliberativas que se derivan de la existencia de una acción pública de constitucionalidad. Si la mayor garantía de una Constitución es, como señalaba Tomás y Valiente, “la existencia de un órgano jurisdiccional que sólo habla cuando se le pregunta y cuando le pregunta quien puede hacerlo”⁴, nuestra fortaleza es que todos los ciudadanos colombianos podemos activar esa garantía porque todos estamos legitimados para formularle preguntas a la Corte Constitucional.

Uno de los puntos de partida de esta investigación es que existen muchas aristas inexploradas dentro del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional. Las investigaciones sobre la materia se han ocupado de diferentes aspectos, pero no han dedicado la atención suficiente a la legitimación activa para iniciar el proceso de constitucionalidad. Esto ha sido así a pesar de que el fragmento más importante del texto de Hans Kelsen sobre la justicia constitucional afirma que la “cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución”⁵.

La capacidad para acceder al control de constitucionalidad se ha abordado tradicionalmente como un tecnicismo poco importante dentro de la teoría del *judicial review*. La mayor parte de la literatura sobre la justicia constitucional ha omitido la relación entre la legitimación activa y otros aspectos del diseño institucional del propio control de constitucionalidad. También se ha obviado la conexión entre la legitimación activa y la posición funcional del juez constitucional dentro del sistema democrático. El estudio de la relación entre la ciudadanía y los tribunales constitucionales y, en concreto, el grado de apertura de la justicia constitucional a los ciudadanos reclama la atención de las investigaciones sobre la justicia constitucional comparada.

4 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 110.

5 KELSEN, HANS. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Rolando Tamayo y Salmorán (trad.). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, 2011, p. 291.

En este campo de la teoría constitucional existe una gran paradoja. Por una parte, se discute constantemente sobre las razones por las cuales el tribunal constitucional puede definir los desacuerdos fundamentales que se presentan dentro de la sociedad. Por otra parte, no se cuestiona el hecho de que solo unos pocos ciudadanos puedan acceder al escenario judicial en el que se definen esos desacuerdos. Aún más, se critica que a los tribunales solo lleguen algunos desacuerdos o lleguen más desacuerdos de los que deberían llegar, pero no se conecta esa discusión con el sistema de acceso al control de constitucionalidad. ¿Por qué en algunos sistemas constitucionales el presidente y los miembros del Parlamento son los únicos legitimados para acceder al control de constitucionalidad?; o, ¿por qué solo un grupo reducido de interesados puede proponer una discusión constitucional sobre un aspecto que tiene un impacto general?; o, ¿por qué hay que sufrir un daño para estar legitimado para participar o iniciar la deliberación ante la Corte Constitucional?

LA CONVERGENCIA CONSTITUCIONAL: EL CIUDADANO ANTE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Todos los déficits deliberativos señalados previamente se han empezado a subsanar a partir del fenómeno de la convergencia constitucional. La convergencia constitucional es un proceso caracterizado por el aumento exponencial de los puntos en común del derecho constitucional en diferentes latitudes del mundo. La convergencia ocurre tanto en lo que concierne al contenido sustancial de los derechos protegidos por los sistemas constitucionales como al diseño institucional o la estructura encargada de proteger esos derechos⁶. Uno de los elementos centrales del proceso de convergencia es la ampliación de la legitimación ciudadana para acceder a los tribunales constitucionales.

En el marco de ese proceso de convergencia existe una riqueza especial cuando se afronta el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad con base en un elemento del diseño institucional de la justicia constitucional. En efecto, esta metodología implica conocer la teoría constitucional y la práctica constitucional concreta de un determinado sistema

6 DIXON, ROSALIND y POSNER, ERIC. “The limits of constitutional convergence”. *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2011, pp. 399-423 y TUSHNET, MARK. “The inevitable globalization of Constitutional Law”. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 1, 2009, pp. 985-1006.

para avanzar en la tesis de que algunos elementos del diseño institucional fortalecen la soportabilidad democrática de la justicia constitucional.

Por esa razón, el objeto de este trabajo es demostrar que la acción pública de constitucionalidad puede aportar argumentos a favor de la justicia constitucional y, sobre todo, que el modelo de acceso al control de constitucionalidad determina el alcance de esa institución en la vida de los ciudadanos. Al terminar de leer este libro, el lector debería concluir que es necesario dejar de preguntarse por qué existen los exóticos sistemas de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad y, en cambio, empezar a preguntarse por qué esa apertura no existe en otros contextos y cuál es el lugar del ciudadano ante la justicia constitucional.

LA ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO

Las preguntas que orientan esta investigación son: ¿por qué el modelo de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad ha tenido una baja aceptación fuera del contexto latinoamericano?; ¿qué objeciones se pueden formular a la posibilidad de que los ciudadanos soliciten directamente la revisión de la constitucionalidad de una ley?; ¿existen algunas particularidades de los sistemas políticos y constitucionales latinoamericanos que expliquen o justifiquen la adopción de sistemas de acceso directo al control de constitucionalidad? Si es así, ¿por qué este diseño institucional no se ha extendido a toda la región?; ¿es posible establecer alguna relación entre el diseño institucional del control de constitucionalidad de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad y la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Y, finalmente, ¿un sistema de control de constitucionalidad que tenga como eje al ciudadano aumenta o disminuye la tensión entre el principio democrático y el de supremacía constitucional? En otras palabras, ¿la fuerza de la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad aumenta o disminuye por el hecho de que este sea activado por petición de un ciudadano mediante una demanda de constitucionalidad? Presentar las posibles respuestas a estos interrogantes es el objeto de este libro.

La investigación se articula en ocho capítulos. En el primero se utiliza el método del derecho público comparado para clasificar los diferentes diseños institucionales de acceso al control abstracto de constitucionalidad. En ese

capítulo se identifican cuatro modelos: i) acceso directo, ii) acceso interesado, iii) acceso colectivo u organizado y iv) acceso por medio de funcionarios.

En el segundo capítulo se describe el funcionamiento general de la acción pública de constitucionalidad en Colombia de acuerdo con las normas que regulan su procedimiento. Además, se hace referencia a la jurisprudencia y a la práctica constitucional sobre el derecho político de los ciudadanos a cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

El tercer capítulo analiza la mejor versión de las dos objeciones funcionales que se han opuesto al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad: demandas temerarias y superación de la capacidad razonable de respuesta de la Corte Constitucional. En este capítulo se señala que estas objeciones pueden ser superadas mediante un sistema de filtros adecuado que permita, por una parte, exigir una calidad mínima a los ataques de constitucionalidad que se presentan ante la Corte Constitucional y, por otra, controlar el número de ataques que ingresan al tribunal.

Los capítulos cuarto y quinto tienen como objetivo demostrar que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional es algo mucho más trascendente que una simple modificación procesal de la legitimación activa para iniciar el juicio de contraste entre un acto normativo y la Constitución. En concreto, se sostiene que la acción pública de constitucionalidad transforma la concepción sobre el proceso de control de constitucionalidad y repercute sobre la soportabilidad democrática del propio sistema de revisión judicial de las leyes.

El capítulo cuarto se basa en una defensa teórica del control de constitucionalidad frente a la dimensión representativa de la dificultad contramayoritaria. Se afirma, específicamente, el carácter representativo (deliberativo y meritocrático) de la justicia constitucional y se mantiene que la acción pública de constitucionalidad empodera a los ciudadanos para la representación de sus intereses, la agencia de intereses de terceros, la defensa de la democracia y la contención del constitucionalismo abusivo.

Por su parte, el capítulo quinto utiliza elementos del diseño institucional colombiano de la justicia constitucional para señalar que esta ostenta un carácter deliberativo que enriquece a todo el sistema democrático. En concreto, se afirma que el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional compensa el bajo nivel de control ciudadano sobre la agenda del legislador, permite contener el hiperpresidencialismo y genera cambios en la estructura de poder para ponerla al servicio de las promesas constitucionales. Con base en estas premisas, en este capítulo se concluye que la apertura de la justicia

constitucional a los ciudadanos es una incursión trascendente y relevante dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo, sin la cual no se habrían producido avances materiales en la protección de los derechos constitucionales en Colombia.

Para reforzar esa defensa de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, en el capítulo sexto se disecciona la crítica de Jeremy Waldron al *judicial review*, lo que permite afirmar que esta crítica se inscribe dentro de una teoría estándar con fuertes límites para su aplicación en contextos diferentes a los de las sociedades bien ordenadas en las que piensa Waldron. Además, se afirma que el modelo colombiano de control de constitucionalidad se encuentra a salvo del reparo waldroniano a la justicia constitucional porque la configuración y la práctica constitucional colombianas muestran aportes concretos al sistema democrático y político que son relevantes, incluso, en condiciones propias de sistemas bien ordenados.

El séptimo capítulo cierra el argumento en defensa de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, marca una pauta para continuar con la deliberación sobre esa materia. El argumento central de ese capítulo es que, dado que en el sistema fuerte de justicia constitucional de Colombia existen varias manifestaciones que dejan espacio para el constitucionalismo débil, el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad en este país no puede partir de la premisa de que se trata de un modelo altamente incompatible con el sistema democrático. Por el contrario, se muestra que dentro del sistema fuerte de justicia constitucional colombiano ocurren prácticas dialógicas y deliberativas entre los poderes públicos que son más constantes y fluidas que aquellas que ocurren en muchos sistemas tradicionalmente considerados como esquemas débiles.

Por último, el capítulo octavo tiene un doble objetivo. Por una parte, sugiere una proyección del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad a otros Estados latinoamericanos. El argumento se basa en la subsidiariedad efectiva del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en los casos de responsabilidad de los Estados por la aprobación o la aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, ese argumento inserta el debate sobre el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad dentro de fenómenos propios del constitucionalismo transnacional.

Este libro puede ser leído en su integridad como una defensa del modelo colombiano de control de constitucionalidad. Sin embargo, ninguna de las tesis que aquí se defienden implica una renuncia a la crítica razonable a la labor

judicial de la Corte Constitucional de Colombia. De nuevo, con Tomás y Valiente, es posible afirmar que el tribunal constitucional “necesita de la crítica de todos los juristas y, muy en especial, de los constitucionalistas”⁷, siendo muy importante que los integrantes de la Corte y los constitucionalistas se lean y discutan mutuamente.

UNA NOTA FINAL

Es importante señalar que este libro no tiene la pretensión de resolver todos los problemas que afectan la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Esta investigación no defiende la tesis de que la acción pública de constitucionalidad es un mecanismo que pone al control de constitucionalidad a salvo de todas sus dificultades democráticas. En ese sentido, los argumentos a favor de la acción pública han sido formulados con el objetivo de abrir un nuevo espacio dentro de una discusión relevante de la teoría constitucional: el de la posible contribución del ciudadano como primer eslabón del control de constitucionalidad y su impacto en la legitimidad democrática del *judicial review*.

Lo anterior quiere decir que este libro incursiona en un tema clásico y potente de la teoría constitucional con un objetivo modesto; con humildad, pero con la certeza de que este esfuerzo puede realizar un aporte significativo. Como indica Bogdandy, para lograr un avance en la investigación jurídica no es necesario ubicarse en una posición elevada, pero es preciso tener una ubicación diferente a la de otros avances sobre la misma materia⁸. Bajo esa premisa, este trabajo ofrece la perspectiva más próxima a quienes sufren las consecuencias de un acto normativo inconstitucional.

Para finalizar, me parece importante reconocer que empecé a escribir esta investigación pensando en aprender y contribuir al que considero el debate central de la teoría y del Estado constitucional. Sin embargo, he terminado de escribirlo pensando en los demás: en todos aquellos que me han formulado preguntas, inquietudes, reparos, objeciones, sugerencias, correcciones, enseñanzas y dudas sobre el objeto de esta investigación. Estoy seguro de que

7 TOMÁS Y VALIENTE. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 15 y 16.

8 BOGDANDY, ARMIN VON. “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En BOGDANDY, ARMIN VON; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 137.

no he logrado atender todos sus comentarios, no he captado la dimensión de todas sus objeciones y, desde luego, no he logrado contestar a todas sus dudas. Sin embargo, espero sinceramente que esta investigación no deje la discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional exactamente en el mismo lugar en el que esta se encontraba antes de introducir la perspectiva de los ciudadanos ante la justicia constitucional.

En el capítulo 2 se discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 3 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 4 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

Modelos de acceso al control judicial de la ley en el derecho constitucional comparado

En el capítulo 1 se discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 2 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 3 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 4 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.

El capítulo 5 discute la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Se argumenta que, si bien los ciudadanos no pueden ejercer un control de constitucionalidad tradicional, sí pueden ejercer un control de constitucionalidad deliberativo. Este tipo de control de constitucionalidad se caracteriza por ser un proceso que involucra a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes.